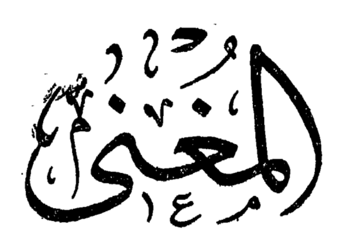


الجزء الثالث من :



لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى

بسم الله الرحمن الرحيم

باب زكاة الذهب والفضة

وهى واجبة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب . فقوله تعالى : (٩ : ٢٤ والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم) الآية . ولا يتوعد بهذه العقوبة إلا على ترك واجب .

وأما السنة : فما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مامن صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدى منها حقها إلا إذا كان يوم القيامة صفحت له صفائح من نار فأحمى عليها فى نار جهنم . فيكوى بها جنبه وجبهته وظهره ، كلما بردت أعيدت عليه ، فى يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يقضى الله بين العباد » أخرجه مسلم ، وروى البخارى وغيره فى كتاب أنس « وفى الرقة ربع العشر . فإن لم يكن إلا تسعين ومائة فليس فيها شىء إلا أن يشاء ربها » والرقة هى الدراهم المضروبة وقال النبى صلى الله عليه وسلم « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » متفق عليه . وأجمع أهل العلم على أن فى مائتى درهم خمسة دراهم ، وعلى أن الذهب إذا كان عشرين مثقالا وقيمته مائتا درهم . أن الزكاة تجب فيه إلا ما اختلف فيه عن الحسن :

« مسألة » قال أبو القاسم (ولا زكاة فيما دون المائتين ، إلا أن يكون فى ملكه ذهب أو عروض للتجارة . فيتم به) .

وجملة ذلك : أن نصاب الفضة مائتا درهم . لاخلاف فى ذلك بين علماء الإسلام وقد بينته السنة التى رويناها بحمد الله ، والدراهم التى يعتبر بها النصاب : هى الدراهم التى كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل بمثقال الذهب ، وكل درهم نصف مثقال وخمسه ، وهى الدراهم الإسلامية التى تقدر بها نصب الزكاة ومقدار الجزية والديات، ونصاب القطع فى السرقة وغير ذلك . وكانت الدراهم فى صدر الإسلام صنفين سوداً وطبرية ، وكانت السود : ثمانية دوانيق ، والطبرية . أربعة دوانيق ، فجمعا فى

الإسلام ، وجعلا درهمين متساويين ، فى كل درهم ستة دوانيق فعل ذلك بنو أمية ، فاجتمعت فيها ثلاثة أوجه . أحدها . أن كل عشرة وزن سبعة ، والثانى : أنه عدل بين الصغير والكبير ، والثالث ؛ أنه موافق لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرهمه الذى قدر به المقادير الشرعية ولا فرق فى ذلك بين التبر والمضروب ومتى نقص النصاب عن ذلك : فلا زكاة فيه ، سواء كان كثيراً أو يسيراً . هذا ظاهر كلام الخرقى ، ومذهب الشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . لظاهر قوله عليه السلام «ليس فيما دون خمس أواق صدقة » والأوقية أربعون درهماً بغير خلاف . فيكون ذلك مائتى درهم . وقال غير الخرقى من أصحابنا : إن كان النقص يسيراً كالحبة والحبتين وجبت الزكاة . لأنه لا يضبط غالباً . فهو كنقص الحول ساعة أو ساعتين ، وإن كان نقصاً بيناً كالدانق والدانقين فلا زكاة فيه .

وعن أحمد : أن نصاب الذهب إذا نقص ثلث مثقال زكاه ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسفيان ، وإن نقص نصفاً لا زكاة فيه . وقال أحمد فى موضع آخر : إن نقص ثمناً لا زكاة فيه اختاره أبو بكر . وقال مالك : إذا نقصت نقصاً يسيراً يجوز جواز الوازنة وجبت الزكاة لأنها تجوز جواز الوازنة . أشبهت الوازنة ، والأول ظاهر الخبر . فينبغى أن لا يعدل عنه .

فأما قوله « إلا أن يكون فى ملكه ذهب أو عروض للتجارة فيتم به » فإن عروض التجارة تضم إلى كل واحد من الذهب والفضة ويكمل به نصابه . لا نعلم فيه اختلافا . قال الخطابى ولا أعلم عامتهم اختلفوا فيه . وذلك ، لأن الزكاة إنما تجب فى قيمتها ، فتقوم بكل واحد منهما ، فتضم إلى كل واحد منهما . ولو كان له ذهب وفضة وعروض وجب ضم الجميع بعضه إلى بعض فى تكميل النصاب ، لأن العروض مضموم إلى كل واحد منهما فيجب ضمهما إليه وجمع الثلاثة .

فأما إن كان له من كل واحد من الذهب والفضة ما لا يبلغ نصاباً بمفرده ، أو كان له نصاب من أحدهما وأقل من نصاب من الآخر . فقد توقف أحمد عن ضم أحدهما إلى الآخر فى رواية الأثرم وجماعة . وقطع فى رواية حنبل : أنه لا زكاة عليه حتى يبلغ كل واحد منهما نصابا ، وذكر الخرقى فيه روايتان فى الباب قبله : إحداهما : لا يضم . وهو قول ابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، وشريك ،

والشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور . واختاره أبو بكر عبد العزيز ، لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » ولأنهما مالان يختلف نصابهما فلا يضم أحدهما إلى الآخر كأجناس الماشية ، والثانية : يضم أحدهما إلى الآخر فى تكميل النصاب. وهو قول الحسن ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى وأصحاب الرأى . لأن أحدهما يضم إلى ما يضم إليه الآخر ، فيضم إلى الآخر كأنواع الجنس ، ولأن نفعهما واحد ، والأصول فيهما متحدة . فإنهما قيم المتلفات وأروش الجنايات ، وأثمان البياعات ، وحلى لمن يريدهما لذلك . فأشبه النوعين . والحديث مخصوص بعرض التجارة فنقيس عليه ، فإذا قلنا بالضم ، فإن أحـــدهما يضم إلى الآخر بالأجزاء ، يعنى أن كل واحد منهما يحتسب من نصابه . فإذا كملت أجزاؤهما نصابا وجبت الزكاة ، مثل أن يكون عنده نصف نصاب من أحدهما ، ونصف نصاب أو أكثر من الآخر ، أو ثلث من أحدهما ، وثلثان أو أكثر من الآخر . فلو ملك مائة درهم وعشرة دنانير أو مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير ، أو مائة وعشرين درهما وثمانية دنانير . وجبت الزكاة فيهما . وإن نقصت أجزاؤهما عن نصاب فلا زكاة فيهما ، سئل أحمد عن رجل عنده ثمانية دنانير ومائة درهم ؟ فقال : إنما قال من قال فيها الزكاة . إذا كان عنده عشرة دنانير ومائة درهم . وهذا قول مالك ، وأبى يوسف ومحمد ، والأوزاعى ، لأن كل واحد منهما لا تعتبر قيمته فى وجوب الزكاة إذا كان منفرداً . فلا تعتبر إذا كان عنده عشرة دنانير مضمومة كالحبوب والثمار وأنواع الأجناس كلها ، وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد فى رواية المروذى . أنها تضم بالأحوط من الأجزاء والقيمة . ومعناه : أنه يقوم الغالى منهما بقيمة الرخيص ، فإذا بلغت قيمتهما بالرخيص منهما نصابا وجبت الزكاة فيهما ، فلو ملك مائة درهم وسبعة دنانير قيمتها مائة درهم ، أو عشرة دنانير وسبعين درهما قيمتها عشرة دنانير . وجبت الزكاة فيهما ، وهذا قول أبى حنيفة فى تقويم الدنانير بالفضة ، لأن كل نصاب وجب فيه ضم الذهب إلى الفضة ضم بالقيمة كنصاب القطع فى السرقة ، ولأن أصل الضم لتحصيل حظ الفقراء ، فكذلك صفة الضم ، والأول أصح . لأن الأثمان تجب الزكاة فى أعيانها ، فلا تعتبر قيمتها كما لو انفردت ،

ويخالف نصاب القطع فإن نصاب القطع فيه الورق خاصة فى إحدى الروايتين ، وفى الأخرى : أنه لا يجب فى الذهب حتى يبلغ ربع دينار . والله أعلم .

« مسألة » قال (وكذلك دون العشرين مثقالا) .

يعنى أن ما دون العشرين لا زكاة فيه إلا أن يتم بورق أو عروض تجارة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الذهب إذا كان عشرين مثقالا قيمتها مائتا درهم : أن الزكاة تجب فيها ، إلا ما حكى عن الحسن أنه قال . لا زكاة فيها حتى تبلغ أربعين ، وأجمعوا على أنه إذا كان أقل من عشرين مثقالا ولا يبلغ مائتى درهم فلا زكاة فيه . وقال عامة الفقهاء : نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار قيمتها إلا ما حكى عن عطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وسليمان بن حرب ، وأيوب السختيانى ، أنهم قالوا : هو معتبر بالفضة ، فما كان قيمته مائتى درهم ففيه الزكاة وإلا فلا ، لأنه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير فى نصابه فثبت أنه حمله على الفضة . ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس فى أقل من عشرين مثقالا من الذهب ، ولا فى أقل من مائتى درهم صدقة » رواه أبو عبيد .

وروى ابن ماجه عن عمر وعائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأخذ من كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار ، ومن الأربعين ديناراً ديناراً » وروى سعيد والأثرم عن على « فى كل أربعين ديناراً دينار ، وفى كل عشرين ديناراً نصف دينار » ورواه غيرهما مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم . ولأنه مال تجب الزكاة فى عينه ، فلم يعتبر بغيره كسائر الأموال الزكوية .

(فصل) ومن ملك ذهباً أو فضة مغشوشة أو مختلطاً بغيره . فلا زكاة فيه حتى يبلغ قدر الذهب والفضة نصاباً . لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » فإن لم يعلم قدر ما فيه منهما وشك هل بلغ نصاباً أو لا — خير بين سبكهما ليعلم قدر ما فيه منهما وبين أن يستظهر ويخرج ليسقط الفرض بيقين . فإن أحب أن يخرج استظهاراً فأراد إخراج الزكاة من المغشوشة نظرت . فإن كان الغش لا يختلف ، مثل أن يكون الغش فى كل دينار سدسه وعلم

ذلك . جاز أن يخرج منها ، لأنه يكون مخرجاً لربع العشر ، وإن اختلف قدر مافيها أو لم يعلم ، لم يجزه الإخراج منها إلا أن يستظهره ، بحيث يتيقن أن ما أخرجه من الذهب محيط بقدر الزكاة ، وإن أخرج عنها ذهباً لا غش فيه فهو أفضل . وإن أراد إسقاط الغش وإخراج الزكاة عن قدر ما فيه من الذهب كمن معه أربعة وعشرون ديناراً سدسها غش ، فأسقط السدس أربعة وأخرج نصف دينار عن عشرين جاز . لأنه لو سبكها لم يلزمه إلا ذلك ، ولأن غشها لا زكاة فيه ، إلا أن يكون فضة وله من الفضة ما يتم به النصاب ، أو له نصاب سواه فيكون عليه زكاة الغش حينئذ ، وكذلك إن قلنا بضم أحد النقدين إلى الآخر ، وإذا ادعى رب المال أنه يعلم الغش ، أو أنه استظهره وأخرج الفرض . قبل منه بغير يمين ، وإن زادت قيمة المغشوش بالغش فصارت قيمة العشرين تساوي اثنين وعشرين فعليه إخراج ربع عشرها مما قيمته كقيمتها . لأن عليه إخراج زكاة المال الجيد من جنسه بحيث لا ينقص عن قيمته . والله أعلم .

« مسألة » قال (فإذا تمت ففيها ربع العشر) .

يعني إذا تمت الفضة مائتين والدنانير عشرين . فالواجب فيها ربع عشرها ، ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن زكاة الذهب والفضة ربع عشرها . فقد ثبت ذلك بقوله عليه السلام « في الرقة ربع العشر » . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهما درهما . وليس في تسعين ومائة شيء » قال الترمذي قال البخاري في هذا الحديث : هو صحيح عندي . ورواه سعيد ولفظه « فهاتوا صدقة الرقة من كل أربعين درهماً درهماً » وأجمع أهل العلم على أن في مائتي درهم خمسة دراهم ، وروى ابن عمر وعائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأخذ من كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار ، ومن الأربعين ديناراً ديناراً » .

« مسألة » قال (وفي زيادتها وإن قلت) .

روي هذا عن علي وابن عمر رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ،

وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، والشعبي ، ومكحول ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، وأبو حنيفة : لا شيء فى زيادة الدراهم حتى تبلغ أربعين ، ولا فى زيادة الدنانير حتى تبلغ أربعة دنانير . لقوله عليه السلام « من كل أربعين درهماً درهماً » وعن معاذ عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا بلغ الورق مائتين ففيه خمسة دراهم ، ثم لا شىء فيه حتى يبلغ أربعين درهماً » وهذا نص ، ولأن له عفواً فى الابتداء فكان له عفو بعد النصاب كالماشية .

ولنا : ما روى عن على عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهماً درهماً . وليس عليكم شىء حتى يتم مائتين ، فإذا كانت مائتى درهم ففيها خمسة دراهم ، فما زاد فبحساب ذلك » رواه الأثرم والدارقطنى ، ورواه أبو داود بإسناده عن عاصم بن ضمرة . والحارث عن على إلا أنه قال : أحسبه عن النبى صلى الله عليه وسلم . وروى ذلك عن على وابن عمر موقوفا عليهم . ولم نعرف لها مخالفاً من الصحابة فيكون إجماعاً ، ولأنه مال متجر ، فلم يكن له عفو بعد النصاب كالحبوب . وما احتجوا به من الخبر الأول فهو احتجاج بدليل الخطاب ، والمنطوق مقدم عليه . والحديث الآخر يرويه أبو العطوف الجراح بن منهال ، وهو متروك الحديث . قال الدارقطنى وقال مالك هو دجال من الدجاجلة ، ويرويه عن عبادة بن نسى عن معاذ ولم يلق عبادة معاذاً ، فيكون مرسلا ، والماشية يشق تشقيصها بخلاف الأثمان .

(فصل) ويخرج الزكاة من جنس ماله . فإن كان أنواعاً متساوية القيم جاز أن يخرج الزكاة من أحدها كما تخرج من أحد نوعى الغنم ، وإن كانت مختلفة القيم أخذ من كل نوع ما يخصه ، وإن أخرج من أوسطها ما يفى بقدر الواجب وقيمته جاز ، وإن أخرج الفرض من أجودها بقدر الواجب جاز . وله ثواب الزيادة ، وإن أخرجه بالقيمة مثل أن يخرج عن نصف دينار ثلث دينار جيد لم يجز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نص على نصف دينار ، فلم يجز النقص منه ، وإن أخرج من الأدنى وزاد فى المخرج ما يفى بقيمة الواجب ، مثل أن يخرج عن دينار ديناراً ونصفاً بقيمته جاز ، وكذلك لو أخرج عن الصحاح مكسرة وزاد بقدر

ما بينهما من الفضل جاز ، لأنه أدى الواجب عليه قيمة وقدراً ، وإن أخرج عن كثير القيمة قليل القيمة فكذلك ، فإن أخرج بهرجا عن الجيد وزاد بقدر مايساوى قيمة الجيد . فقال أبو الخطاب : يجوز ، وقال القاضى : يلزمه إخراج جيد ، ولا يرجع فيما أخرجه من المعيب . لأنه أخرج معيباً فى حق الله تعالى . فأشبه مالو أخرج مريضة عن صحاح ، وبهذا قال الشافعى ، إلا أن أصحابه قالوا : له الرجوع فيما أخرج من المعيب فى أحد الوجهين . وقال أبو حنيفة . يجوز إخراج الرديئة عن الجيدة والمكسورة عن الصحيحة من غير جبران ، لأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لا قيمة لها .

ولنا : أن الجودة متقومة ، بدليل ما لو أتلف جيداً لم يجزئه أن يدفع عنه رديئاً ، ولأنه إذا لم يجبره بما يتم به قيمة الواجب عليه دخل فى عموم قوله تعالى : (٢ : ٢٦٧ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) ولأنه أخرج رديئاً عن جيد بقدره ، فلم يجز كما فى الماشية ، ولأن المستحق معلوم القدر والصفة . فلم يجز النقص فى الصفة كما لا يجوز فى القدر ، وأما الربا فلا يجرى ههنا . لأن المخرج حق لله ، ولا ربا بين العبد وسيده ، ولأن المساواة فى المعيار الشرعى إنما اعتبرت فى المعاوضات ، والقصد من الزكاة المواساة وإغناء الفقير وشكر نعمة لله تعالى . فلا يدخل الربا فيها ، فإن قيل : فلو أخرج فى الماشية رديئتين عن جيدة ، أو أخرج قفيزين رديئين عن قفيز جيد لم يجز ، فلم أجزتم أن يخرج عن الصحيح أكثر منه مكسراً ، قلنا يجوز ذلك إذا لم يكن فى إخراجه عيب سوى نقص القيمة ، وإن سلمناه فالفرق بينهما . أن القصد من الأثمان القيمة لا غير ، فإذا تساوى الواجب والمخرج فى القيمة والقدر جاز ، وسائر الأموال يقصد الانتفاع بعينها فلا يلزم من التساوى فى الأمرين الإجزاء لجواز أن يفوت بعض المقصود .

(فصل) وهل يجوز إخراج أحد النقدين عن الآخر ؟ فيه روايتان . نص عليهما . إحداهما : لا يجوز . وهو اختيار أبى بكر . لأن أنواع الجنس لا يجوز إخراج أحدهما عن الآخر إذا كان أقل فى المقدار فمع اختلاف الجنس أولى . والثانية . يجوز . وهو أصح إن شاء الله . لأن المقصود من أحدهما يحصل بإخراج الآخر فيجزىء ، كأنواع الجنس ، وذلك . لأن المقصود منهما جميعاً الثمنية

والتوسل بها إلى المقاصد ، وهما يشتركان فيه على السواء . فأشبه إخراج المكسرة عن الصحاح ، بخلاف سائر الأجناس والأنواع مما تجب فيه الزكاة ، فإن لكل جنس مقصوداً مختصاً به لا يحصل من الجنس الآخر . وكذلك أنواعها فلا يحصل بإخراج غير الواجب من الحكمة ما يحصل بإخراج الواجب . وههنا المقصود حاصل . فوجب إجزاؤه إذ لا فائدة باختصاص الأجزاء بعين مع مساواة غيرها لها في الحكمة ، وكون ذلك أرفق بالمعطى والآخذ ؛ وأنفع لهما ويندفع به الضرر عنهما ؛ فإنه لو تعين إخراج زكاة الدنانير منها شق على من يملك أقل من أربعين ديناراً إخراج جزء من دينار ؛ ويحتاج إلى التشقيص ومشاركة الفقير له في دينار من ماله أو بيع أحدهما نصيبه ؛ فيستضر المالك والفقير ؛ وإذا جاز إخراج الدراهم عنها دفع إلى الفقير من الدراهم بقدر الواجب فيسهل ذلك عليه ؛ وينتفع الفقير من غير كلفة ولا مضرة ؛ ولأنه إذا دفع إلى الفقير قطعة من الذهب في موضع لا يتعامل بها فيه أو قطعة من درهم في مكان لا يتعامل بها فيه ؛ لم يقدر على قضاء حاجته بها ؛ وإن أراد بيعها بحسب ما يتعامل بها احتاج إلى كلفة البيع ؛ وربما لا يقدر عليه ولا يفيده شيئاً ، وإن أمكن بيعها احتاج إلى كلفة البيع ؛ والظاهر أنها تنقص عوضها عن قيمتها . فقد دار بين ضررين ؛ وفي جواز إخراج أحدهما عن الآخر نفع محض ودفع لهذا الضرر ؛ وتحصيل لحكمة الزكاة على التمام والكمال . فلا حاجة ولا وجه لمنعه ؛ وإن توهمت ههنا منفعة تفوت بذلك . فهي يسيرة مغمورة فيما يحصل من النفع الظاهر ويندفع من الضرر والمشقة من الجانبين . فلا يعتبر . والله أعلم .

وعلى هذا لا يجوز الإبدال في موضع يلحق الفقير ضرر . مثل أن يدفع إليه مالا ينفق عوضاً عما ينفق ، لأنه إذا لم يجز إخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر فمع غيره أولى ، وإن اختار الدفع من الجنس واختار الفقير الأخذ من غيره لضرر يلحقه في أخذ الجنس لم يلزم المالك إجابته ، لأنه إذا أدى ما فرض عليه لم يكلف سواه . والله أعلم .

« مسألة » قال : (وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تلبسه أو تعيره)

هذا ظاهر المذهب . وروي ذلك عن ابن عمر ، وجابر وأنس ، وعائشة ،

وأسماء رضي الله عنهم ، وبه قال القاسم ، والشعبي . وقتادة ، ومحمد بن علي ، وعمرة ، ومالك ؛ والشافعي ، وأبو عبيد ؛ وإسحاق ؛ وأبو ثور ؛ وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى : أنه فيه الزكاة ؛ وروى ذلك عن عمر ؛ وابن مسعود ؛ وابن عباس ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ؛ وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ؛ وعطاء ؛ ومجاهد ؛ وعبد الله بن شداد ، وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، وميمون ابن مهران ؛ والزهري ؛ والثوري ؛ وأصحاب الرأي . بلعموم قوله عليه السلام : « في الرقة ربع العشر ؛ وليس فيما دون خمس أواق صدقه » مفهومه أن فيها صدقة إذا بلغت خمس أواق .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « أتت امرأة من أهل اليمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومعها ابنة لها في يديها مسكتان من ذهب . فقال : هل تعطين زكاة هذا ؟ قالت : لا ؛ قال : أيسرك أن يسورك الله بسوارين من نار ؟ » رواه أبو داود ؛ ولأنه من جنس الأثمان . أشبه التبر . وقال مالك : يزكى عاماً واحداً . وقال الحسن وعبد الله بن عتبة وقتادة : زكاته عاريته . قال أحمد : خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : ليس في الحلي زكاة . ويقولون زكاته عاريته . ووجه الأول : ما روى عافية بن أيوب عن الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليس في الحلي زكاة ، ولأنه مرصد لاستعمال مباح فلم تجب فيه الزكاة كالعوامل وثياب القنية .

وأما الأحاديث الصحيحة التي احتجوا بها فلا تتناول محل النزاع ؛ لأن الرقة : هي الدراهم المضروبة . قال أبو عبيد : لا نعلم هذا الاسم في الكلام المعقول عند العرب إلا على الدراهم المنقوشة ذات السكة السائرة في الناس ، وكذلك الأواقي ليس معناها إلا الدراهم كل أوقية أربعون درهماً . وأما حديث المسكتين فقال أبو عبيد : لا نعلمه إلا من وجه قد تكلم الناس فيه قديماً وحديثاً ؛ وقال الترمذي . ليس يصح في هذا الباب شيء ، ويحتمل أنه أراد بالزكاة إعارته ، كما فسره به بعض العلماء . وذهب إليه جماعة من الصحابة وغيرهم . والتبر غير معد للاستعمال بخلاف الحلي .

وقول الخرقي : إذا كان مما تلبسه أو تعيره ؛ يعني أنه إنما تسقط عنه الزكاة

إذا كان كذلك أو معداً له ؛ فأما المعد للكرى والنفقة إذا احتيج إليه : ففيه الزكاة . لأنها إنما تسقط عما أعد للاستعمال لصرفه عن جهة النماء . ففيما عداه يبقى على الأصل ؛ وكذلك ما اتخذ حلية فراراً من الزكاة لا يسقط عنه ، ولا فرق بين كون الحلى المباح مملوكاً لامرأة تلبسه أو تعيره ، أو لرجل يحلى به أهله أو يعيره أو يعده لذلك ، لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح . أشبه حلى المرأة .

(فصل) وقليل الحلى وكثيره سواء فى الإباحة والزكاة . وقال ابن حامد : يباح ما لم يبلغ ألف مثقال . فإن بلغها حرم وفيه الزكاة . لما روى أبو عبيد والأثرم عن عمرو بن دينار قال : « سئل جابر عن الحلى هل فيه زكاة ؟ قال : لا ، فقيل له : ألف دينار ؟ فقال : « إن ذلك لكثير » ولأنه يخرج إلى السرف والخيلاء ولا يحتاج إليه فى الاستعمال . والأول أصح . لأن الشرع أباح التحلى مطلقاً من غير تقييد فلا يجوز تقييده بالرأى والتحكم ، وحديث جابر ليس بصريح فى نفى الوجوب ، وإنما يدل على التوقف . ثم قد يروى عنه خلافه . فروى الجوزجانى بإسناده عن أبى الزبير قال : « سألت جابر بن عبد الله عن الحلى فيه زكاة ؟ قال : لا ، قلت . إن الحلى يكون فيه الف دينار . قال : وإن كان فيه . يعار ويلبس » ثم إن قول جابر قول صحابى خالفه غيره ممن أباحه مطلقاً بغير تقييد . فلا يبقى قوله حجة والتقييد بالرأى المطلق والتحكم غير جائز .

(فصل) وإذا انكسر الحلى كسراً لا يمنع الاستعمال واللبس . فهو كالصحيح لا زكاة فيه إلا أن ينوى كسره وسبكه ففيه الزكاة حينئذ ؛ لأنه نوى صرفه عن الاستعمال ؛ وإن كان الكسر يمنع الاستعمال . فقال القاضى : عندى أن فيه الزكاة لأنه كان بمنزلة النقره والتبر .

(فصل) وإذا كان الحلى للبس ؛ فنوت به المرأة التجارة . انعقد عليه حول الزكاة من حين نوت . لأن الوجوب هو الأصل ؛ وإنما انصرف عنه لعارض الاستعمال . فعاد إلى الأصل بمجرد النية من غير استعمال ؛ فهو كما لو نوى بعرض التجارة القنية انصرف إليه من غير استعمال .

(فصل) ويعتبر فى النصاب فى الحلى الذى تجب فيه الزكاة بالوزن . فلو ملك حلياً قيمته مائتا درهم ووزنه دون المائتين لم يكن عليه زكاة ، وإن بلغ مائتين

وزناً ففيه الزكاه ؛ وإن نقص فى القيمة . لقوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » اللهم إلا أن يكون الحلى للتجارة فيقوم . فإذا بلغت قيمته بالذهب والفضة نصابا ففيه الزكاة ؛ لأن الزكاة متعلقة بالقيمة ؛ وما لم يكن للتجارة فالزكاة فى عينه ؛ فيعتبر أن يبلغ بقيمته ووزنه نصاباً وهو مخير بين إخراج ربع عشر حلية مشاعا أو دفع ما يساوى ربع عشرها من جنسها ؛ وإن زاد فى الوزن على ربع العشر لما بينا أن الربا لايجرى ههنا . ولو أراد كسرها ودفع ربع عشرها لم يكن منه ؛ لأنه ينقص قيمتها وهذا مذهب الشافعى . وقال مالك : الاعتبار بالوزن ؛ وإذا كان وزن الحلى عشرين وقيمته ثلاثون فعليه نصف مثقال ؛ لا تزيد قيمته شيئاً لأنه نصاب من جنس الأثمان ؛ فتعلقت الزكاة بوزنه لابصفته كالدراهم المضروبة .

ولنا : أن الصناعة صارت صفة للنصاب لها قيمة مقصودة . فوجب اعتبارها كالجوده فى سائر أموال الزكاة ودليلهم نقول به وإن الزكاه تتعلق بوزنه وصفته جميعاً كالجيد من الذهب والفضة والمواشى ؛ والحبوب والثمار ؛ فإنه لا يجزئه إخراج ردىء عن جيد ؛ وكذلك ههنا ، وإن أراد إخراج الفضة عن حلى الذهب ؛ أو الذهب عن الفضة . أخرج على الوجهين ، كما قدمنا فى إخراج أحد النقدين عن الآخر ؛ وذكر ابن عقيل : أن الاعتبار فى قدر النصاب أيضاً بالقيمة ؛ فلو ملك حلياً وزنه تسعة عشر وقيمته عشرون لأجل الصناعة ففيه الزكاة ؛ وظاهر كلام أحمد : اعتبار الوزن . وهو ظاهر نصه لقوله « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » ولأنه مال تجب الزكاة فى عينه فلا تعتبر قيمة الدنانير المضروبة . لأن زيادة القيمة بالصناعة كزيادتها بنفاسة جوهره . فكما لا تجب الزيادة فيما كان نفيس الجوهر كذلك الآخر .

(فصل) وإن كان فى الحلى جوهر ولآلىء مرصعة . فالزكاة فى الحلى من الذهب والفضة دون الجوهر . لأنها لا زكاة فيها عند أحد من أهل العلم . فإن كان الحلى للتجارة قومه بما فيه من الجواهر . لأن الجواهر لو كانت مفردة وهى للتجارة لقومت وزكيت . فكذلك إذا كانت فى حلى التجارة .

(فصل) وإذا اتخذت المرأة حلياً ليس لها اتخاذه . كما إذا اتخذت حلية الرجال - كحلية السيف والمنطقة فهو محرم . وعليها الزكاة كما لو اتخذ الرجل حلى المرأة .

(فصل) ويباح للنساء من حلى الذهب والفضة والجواهر كل ما جرت عادتهن بلبسه . مثل السوار والخلخال والقرط والخاتم وما يلبسنه على وجوههن . وفى أعناقهن وأيديهن . وأرجلهن . وآذانهن وغيره . فأما ما لم تجر عاداتهن بلبسه والمنطقة وشبهها من حلى الرجال . فهو محرم وعليها زكاته . كما لو اتخذ الرجل لنفسه حلى المرأة .

« مسألة » قال (وليس فى حلية سيف الرجل ومنطقته وخاتمه زكاة) .

وجملة ذلك : أن ما كان مباحاً من الحلى فلا زكاة فيه إذا كان معداً للاستعمال ، سواء كان لرجل أو امرأة . لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح . فأشبه ثياب البذلة وعوامل الماشية ، ويباح للرجال من الفضة الخاتم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « اتخذ خاتماً من ورق » متفق عليه ، وحلية السيف بأن تجعل قبيعته فضة أو تحليتها بفضة ، فإن أنساً قال « كانت قبيعة سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم فضة » وقال هشام بن عروة : كان سيف الزبير محلى بالفضة . رواهما الأثرم بإسناده ، والمنطقة تباح تحليتها بالفضة ، لأنها حلية معتادة للرجل ، فهى كالخاتم ، وقد نقل كراهة ذلك لما فيه من الفخر والخيلاء . فهو كالطوق . والأول أولى ، لأن الطوق ليس معتاداً فى حق الرجل بخلاف المنطقة ، وعلى قياس المنطقة : الجوشن والخوذة والخف والران والحمائل ، وتباح الضبة فى الإناء وما أشبهها للحاجة . ونعنى بالحاجة : أنه ينتفع بها فى ذلك ، وان قام غيرها مقامها . وفى صحيح البخارى عن أنس « أن قدح النبى صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة » وقال القاضى : يباح اليسير وان لم يكن لحاجة ، وانما كره أحمد الحلقة فى الإناء . لأنها تستعمل ، وأما الذهب : فيباح منه ما دعت الضرورة اليه كالأنف فى حق من قطع أنفه . لما روى عن عبد الرحمن بن طرفة « أن جده عرفجة بن سعد قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من ورق فأنتن عليه ،

فأمره النبي صلى الله عليه وسلم فاتخذ أنفاً من ذهب ، رواه أبو داود . وقال الإمام أحمد : ربط الأسنان بالذهب اذا خشى عليها أن تسقط قد فعله الناس . فلا بأس به عند الضرورة . وروى الأثرم عن موسى بن طلحة ، وأبى جمرة الضبعى ، وأبى رافع ، وثابت البنانى واسماعيل بن زيد بن ثابت ، والمغيرة ابن عبد الله : أنهم شدوا أسنانهم بالذهب . وعن الحسن والزهرى والنخعى : أنهم رخصوا فيه . وما عدا ذلك من الدهب . فقد روى عن أحمد رحمه الله الرخصة فى السيف . قال الأثرم قال أحمد . روى أنه كان فى سيف عثمان بن حنيف مسمار من ذهب . قال أبو عبد الله : فذاك الآن فى السيف . وقال : « إنه كان لعمر سيف سبائكه من ذهب » من حديث إسماعيل بن أمية عن نافع . وروى الترمذى بإسناده عن مزيدة العصرى « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة وعلى سيفه ذهب وفضة » وروى عن أحمد رواية أخرى تدل على تحريم ذلك . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : يخاف عليه أن يسقط يجعل فيه مسماراً من ذهب ؟ قال : إنما رخص فى الأسنان . وذلك إنما هو على الضرورة . فأما المسمار . فقد روى « من تحلى بخريصيصه كوى بها يوم القيامة » قلت : أى شيء خريصيصة ؟ قال : شيء صغير مثل الشعيرة . وروى الأثرم أيضاً بإسناده عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم قال : « من حلى أو تحلى بخريصيصة كوى بها يوم القيامة مغفوراً له أو معذباً » وحكى عن أبى بكر من أصحابنا أنه أباح يسير الذهب . ولعله يحتج بما رويناه من الأخبار . ويقاس الذهب على الفضة . ولأنه أحد الثلاثة المحرمة على الذكور دون الإناث . فلم يحرم يسيرها كسائرها . وكل ما أبيح من الحلى . فلا زكاة فيه إذا كان معداً للاستعمال .

« مسألة » قال : (والمتخذ آنية الذهب والفضة عاص وفيها الزكاة)

وجملته أن اتخاذ آنية الذهب والفضه حرام على النساء والرجال جميعاً . وكذلك استعماله . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا يحرم اتخاذها . لأن النص إنما ورد فى تحريم الاستعمال . فيبقى إباحة الاتخاذ على مقتضى الأصل فى الإباحة . ولنا : أن ما حرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال . كالملاهي .

ويستوى فى ذلك الرجال والنساء . لأن المعنى المقتضى للتحريم يعمهما . وهو الإفضاء إلى السرف والخيلاء . وكسر قلوب الفقراء . فيستويان فى التحريم . وإنما أحل للنساء التحلى لحاجتهن إليه للتزين للأزواج . وليس هذا بموجود فى الآنية ، فيبقى على التحريم . إذا ثبت هذا : فإن فيها الزكاة بغير خلاف بين أهل العلم . ولا زكاة فيها حتى تبلغ نصاباً بالوزن . أو يكون عنده ما يبلغ نصاباً بضمها إليه . وإن زادت قيمته لصناعته فلا عبرة بها . لأنها محرمة فلا قيمة لها فى الشرع . وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ . وإن أحب كسرها أخرج ربع عشرها مكسوراً . وإن أخرج ربع عشرها مصوغاً جاز ـ لأن الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور . وذكر أبو الخطاب وجهاً فى اعتبار قيمتها . والأول : أصح إن شاء الله تعالى .

(فصل) وكل ما كان اتخاذه محرماً من الأثمان لم تسقط زكاته باتخاذه . لأن الأصل وجوب الزكاة فيها . لكونها مخلوقة للتجارة والتوسل بها إلى غيرها . ولم يوجد ما يمنع ذلك . فبقيت على أصلها . قال أحمد : ما كان على سرج أو لجام ففيه الزكاة . ونص على حلية الثفر والركاب واللجام : أنه محرم . وقال فى رواية الأثرم : أكره رأس المكحلة فضة . ثم قال : وهذا شيء تأولته . وعلى قياس ما ذكره : حلية الدواة والمقلمة والسرج ونحوه مما على الدابة . ولو موه سقفه بذهب أو فضة . فهو محرم . وفيه الزكاة . وقال أصحاب الرأى : يباح . لأنه تابع المباح فيتبعه فى الإباحة .

ولنا : أن هذا إسراف . ويفضى فعله إلى الخيلاء . وكسر قلوب الفقراء . فحرم . كاتخاذ الآنية . وقد « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التختم بخاتم الذهب للرجل » فتمويه السقف أولى . وان صار التمويه الذى فى السقف مستهلكا لا يجتمع منه شيء . لم تحرم استدامته . لأنه لا فائدة فى اتلافه وازالته . ولا زكاة فيه . لأن ماليته ذهبت . وان لم تذهب ماليته ولم يكن مستهلكا حرمت استدامته . وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز : لما ولى أراد جمع ما فى مسجد دمشق مما موه به من الذهب . فقيل له : انه لا يجتمع منه شيء فتركه . ولا يجوز تحلية المصاحف

ولا المحاريب ، ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة . لأنها بمنزلة الآنية . وإن وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح . لأنه ليس ببر ولا معروف ، ويكون ذلك بمنزلة الصدقة فيكسر ويصرف فى مصلحة المسجد وعمارته ، وكذلك إن حبس الرجل فرساً له لجام مفضض ، وقد قال أحمد : فى الرجل يقف فرساً فى سبيل الله ، ومعه لجام مفضض : فهو على ما وقفه ، وإن بيعت الفضة من السرج واللجام جعلت فى وقف مثله فهو أحب إلى . لأن الفضة لا ينتفع بها ، ولعله يشترى بذلك سرجاً ولجاما . فيكون أنفع للمسلمين . قيل : فتباع الفضة وينفق على الفرس ؟ قال : نعم ، وهذا يدل على إباحة حلية السرج واللجام بالفضة ، لولا ذلك لما قال هو على ما وقف ، وهذا لأن العادة جارية به . فأشبه حلية المنطقة ، وإذا قلنا بتحريمها فصار بحيث لا يجتمع منه شىء . لم يحرم استدامته ، كقولنا فى تمويه السقف ، وأباح القاضى علاقة المصحف ذهباً أو فضة للنساء خاصة . وليس بجيد . لأن حلية المرأة ما لبسته وتحلت به فى بدنها أو ثيابها . وما عداه فحكمه حكم الأوانى ، لا يباح للنساء منه إلا ما أبيح للرجال . ولو أبيح لها ذلك لأبيح علاقة الأوانى والأدراج ونحوهما . ذكره ابن عقيل .

(فصل) وكل ما يحرم اتخاذه ففيه الزكاة ، إذا كان نصاباً أو بلغ بضمه إلى ما عنده نصاباً على ما ذكرناه .

« مسألة » قال (وما كان من الركاز ، وهو دفن الجاهلية قل أو كثر . ففيه الخمس لأهل الصدقات وباقيه له) .

الدفن ـ بكسر الدال ـ المدفون ، والركاز : المدفون فى الأرض . واشتقاقه من: ركز يركز ، مثل غرز يغرز إذا خفى ، يقال : ركز الرمح إذا غرز أسفله فى الأرض ، ومنه « الركز » وهو الصوت الخفى ، قال الله تعالى (٢٠ : ٩٨ أو تسمع لهم ركزاً) والأصل فى صدقة الركاز : ما روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « العجماء جبار . وفى الركاز الخمس » متفق عليه ، وهو أيضاً مجمع عليه . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف هذا الحديث إلا الحسن . فإنه فرق بين

ما يوجد فى أرض الحرب ، وأرض العرب . فقال : فيما يوجد فى أرض الحرب : الخمس وفيما يوجد فى أرض العرب : الزكاة .

(فصل) أوجب الخمس فى الجميع الزهرى ، والشافعى . وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وأبو ثور ، وابن المنذر وغيرهم . وهذه المسألة تشتمل على خمسة فصول (الأول) أن الركاز الذى يتعلق به وجوب الخمس : ما كان من دفن الجاهلية . هذا قول الحسن ، والشعبى ، ومالك والشافعى ، وأبى ثور . ويعتبر ذلك بأن ترى عليه علاماتهم ، كأسماء ملوكهم وصورهم وصلبهم ، وصور أصنامهم ونحو ذلك ، فإن كان عليه علامة الإسلام أو اسم النبى صلى الله عليه وسلم ، أو أحد من خلفاء المسلمين ، أو وال لهم ، أو آية من قرآن أو نحو ذلك فهو لقطة لأنه ملك مسلم لم يعلم زواله عنه . وإن كان على بعضه علامة الإسلام ، وعلى بعضه علامة الكفر فكذلك . نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ؛ لأن الظاهر أنه صار إلى مسلم ، ولم يعلم زواله عن ملك المسلمين . فأشبه ما على جميعه علامة المسلمين .

(الفصل الثانى) فى موضعه ، ولا يخلو من أربعة أقسام : أحدها : أن يجده فى موات أو ما لا يعلم له مالك ، مثل الأرض التى يوجد فيها آثار الملك ، كالأبنية القديمة والتلول وجدران الجاهلية وقبورهم . فهذا فيه الخمس بغير خلاف ، سوى ما ذكرناه . ولو وجده فى هذه الأرض على وجهها أو فى طريق غير مسلوك ، أو قرية خراب : فهو كذلك فى الحكم ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة ؟ فقال : ما كان فى طريق مأتى أو فى قرية عامرة فعرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فلك ، وما لم يكن طريق مأتى . ولا فى قرية عامرة . ففيه وفى الركاز الخمس » رواه النسائى .

(القسم الثانى) : أن يجده فى ملكه المنتقل إليه . فهو له فى أحد الوجهين . لأنه مال كافر مظهور عليه فى الإسلام . فكان لمن ظهر عليه كالغنائم ، ولأن الركاز لا يملك بملك الأرض لأنه مودع فيها ، وإنما يملك بالظهور عليه ، وهذا قد ظهر عليه . فوجب أن يملكه . والرواية الثانية . هو للمالك قبله إن اعترف به ، وإن لم يعترف به فهو للذى قبله كذلك إلى أول مالك . وهذا مذهب الشافعى لأنه كانت يده على الدار ، فكانت على ما فيها ؛ وإن انتقلت الدار بالميراث حكم أنه

ميراث ؛ فإن اتفق الورثة على أنه لم يكن لموروثهم فهو لأول مالك ؛ فإن لم يعرف أول مالك . فهو كالمال الضائع الذى لا يعرف له مالك . والأول أصح إن شاء الله تعالى . لأن الركاز لا يملك بملك الدار ، لأنه ليس من أجزائها وإنما هو مودع فيها . فينزل منزلة المباحات من الحشيش والحطب والصيد يجده فى أرض غيره . فيأخذه فيكون أحق به ، لكن إن ادعى المالك الذى انتقل الملك عنه أنه له ؛ فالقول قوله ، لأن يده كانت عليه لكونها على محله ، وإن لم يدعه فهو لواجده . وإن اختلف الورثة فأنكر بعضهم أن يكون لموروثهم ولم ينكره الباقون فحكم من أنكر فى نصيبه حكم المالك الذى لم يعترف به ؛ وحكم المعترفين حكم المالك المعترف .

(القسم الثالث) . أن يجده فى ملك آدمى مسلم معصوم أو ذمى . فعن أحمد ما يدل على أنه لصاحب الدار ؛ فإنه قال . فيمن استأجر حفاراً ليحفر فى داره فأصاب فى الدار كنزاً عادياً : فهو لصاحب الدار . وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، ونقل عن أحمد ما يدل على أنه لواجده . لأنه قال فى مسألة من استأجر أجيراً ليحفر له فى داره فأصاب فى الدار كنزاً ؛ فهو للأجير . نقل ذلك عنه محمد ابن يحي الكحال . قال القاضى : هو الصحيح ؛ وهذا يدل على أن الركاز لواجده . وهو قول الحسن بن صالح ، وأبى ثور واستحسنه أبو يوسف : وذلك لأن الكنز لا يملك بملك الدار ؛ على ما ذكرنا فى القسم الذى قبله ؛ فيكون لمن وجده . لكن إن ادعاه المالك . فالقول قوله ، لأن يده عليه بكونها على محله ؛ وإن لم يدعه فهو لواجده . وقال الشافعى : هو لمالك الدار إن اعترف به ، وإن لم يعترف به . فهو لأول مالك . لأنه فى يده ، ويخرج لنا مثل ذلك لما ذكرنا من الرواية فى القسم الذى قبله ؛ وإن استأجر حفاراً ليحفر له طالباً لكنز يجده فوجده . فلا شىء للأجير . ويكون الواجد له هو المستأجر ، لأنه استأجره لذلك . فأشبه ما لو استأجره ليحتش له أو يصطاد ؛ فإن الحاصل من ذلك للمستأجر دون الأجير ، وإن استأجره لأمر غير طلب الركاز فالواجد له هو الأجير وهكذا ، قال الأوزاعى : إذا استأجرت أجيراً ليحفر لى فى دارى فوجد كنزاً فهو له . وإن قلت : استأجرتك لتحفر لى ههنا رجاء أن أجد كنزاً ، فسميت له . فله أجره ولى ما يوجد .

(فصل) وإن اكترى داراً فوجد فيها ركازاً ، فهو لواجده فى أحد الوجهين . والآخر : هو للمالك ، بناء على الروايتين فيمن وجد ركازاً فى ملك انتقل إليه ، وإن اختلفا . فقال كل واحد منهما : هذا لى . فعلى وجهين : أحدهما : القول قول المالك . لأن الدفن تابع للأرض . والثانى : القول قول المكترى . لأن هذا مودع فى الأرض وليس منها . فكان القول قول من يده عليها كالقماش .

(القسم الرابع) أن يجده فى أرض الحرب . فإن لم يقدر عليه إلا بجماعة من المسلمين ، فهو غنيمة لهم ، وإن قدر عليه بنفسه فهو لواجده حكمه حكم ما لو وجده فى موات فى أرض المسلمين . وقال أبو حنيفة ، والشافعى : إن عرف مالك الأرض وكان حربياً فهو غنيمة أيضاً . لانه فى حرز مالك معين . فأشبه ما لو أخذه من بيت أو خزانة .

ولنا ؛ أنه ليس لموضعه مالك محترم . أشبه ما لو لم يعرف مالكه ، ويخرج لنا مثل قولهم ، بناء على قولنا : إن الركاز فى دار الإسلام يكون لمالك الأرض .

(الفصل الثالث فى صفة الركاز الذى فيه الخمس) وهو كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه من الذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر والنحاس والآنية وغير ذلك . وهو قول إسحاق ، وأبى عبيد ؛ وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وإحدى الروايتين عن مالك ، وأحد قولى الشافعى ، والقول الآخر : لا تجب إلا فى الأثمان .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « وفى الركاز الخمس » ولأنه مال مظهور عليه من مال الكفار . فوجب فيه الخمس مع اختلاف أنواعه كالغنيمة . إذا ثبت هذا . فإن الخمس يجب فى قليله وكثيره فى قول إمامنا ومالك وإسحق وأصحاب الرأى والشافعى فى القديم . وقال فى الجديد : يعتبر النصاب فيه . لأنه حق مال يجب فيما استخرج من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن والزرع .

ولنا عموم الحديث ، ولأنه مال مخموس . فلا يعتبر له نصاب كالغنيمة ، ولأنه مال كافر مظهور عليه فى الإسلام . فأشبه الغنيمة والمعدن ، والزرع يحتاج إلى عمل ونوائب . فاعتبر فيه النصاب تخفيفاً بخلاف الركاز ، ولأن الواجب فيهما مواساة . فاعتبر النصاب ليبلغ حداً يحتمل المواساة منه بخلاف مسألتنا

(الفصل الرابع فى قدر الواجب فى الركاز ومصرفه) أما قدره : فهو الخمس ، لما قدمنا من الحديث والإجماع . وأما مصرفه . فاختلفت الرواية عن أحمد فيه مع ما فيه من اختلاف أهل العلم . فقال الخرقى : هو لأهل الصدقات . ونص عليه أحمد فى رواية حنبل ، فقال : يعطى الخمس من الركاز على مكانه . وإن تصدق به على المساكين أجزأه . وهذا قول الشافعى ، لأن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أمر صاحب الكنز أن يتصدق به على المساكين » حكاه الإمام أحمد وقال : حدثنا سعيد حدثنا سفيان عن عبد الله بن بشر الخثعمى عن رجل من قومه يقال له : ابن حممة قال : « سقطت على جرة من دير قديم بالكوفة عند جبانة بشر فيها أربعة آلاف درهم . فذهبت بها إلى على رضى الله عنه . فقال : اقسمها خمسة أخماس . فقسمتها . فأخذ على منها خمساً ، وأعطانى أربعة أخماس . فلما أدبرت دعانى . فقال : فى جيرانك فقراء ومساكين ؟ قلت : نعم . قال : فخذها فقسمها بينهم » ولأنه مستفاد من الأرض . أشبه المعدن والزرع . والرواية الثانية : مصرفه مصرف الفىء ، نقله محمد بن الحكم عن أحمد . وهذه الرواية أصح وأقيس على مذهبه . وبه قال أبو حنيفة ، والمزنى ؛ لما روى أبو عبيد عن هشيم عن مجالد عن الشعبى « أن رجلا وجد ألف دينار مدفونة خارجاً من المدينة فأتى بها عمر بن الخطاب فأخذ منها الخمس مائتى دينار ، ودفع إلى الرجل بقيتها وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين ، إلى أن أفضل منها فضلة فقال : أين صاحب الدنانير ؟ فقام إليه ، فقال عمر : خذ هذه الدنانير فهى لك » ولو كانت زكاة لخص بها أهلها ولم يرده على واجده ، ولأنه يجب على الذمى ، والزكاة لا تجب عليه ولأنه مال مخموس زالت عنه يد الكافر ، أشبه خمس الغنيمة .

(الفصل الخامس ، فيمن يجب عليه الخمس) وهو كل من وجده من مسلم وذمى وحر وعبد ومكاتب وكبير وصغير وعاقل ومجنون ، إلا أن الواجد له إذا كان عبداً ، فهو لسيده . لأنه كسب مال . فأشبه الاحتشاش والاصطياد ، وإن كان مكاتباً ملكه وعليه خمسه لأنه بمنزلة كسبه ، وإن كان صبياً أو مجنوناً ، فهو لهما ويخرج عنهما وليهما . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على الذمى فى الركاز يجده : الخمس . قاله مالك ،

وأهل المدينة ، والثورى ، والأوزاعى ، وأهل العراق . وأصحاب الرأى وغيرهم . وقال الشافعى : لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة . لأنه زكاة . وحكى عنه فى الصبى والمرأة : أنهما لا يملكان الركاز ، وقال الثورى ، والأوزاعى ، وأبو عبيد : إذا كان الواجد له عبداً يرضخ له منه ولا يعطاه كله .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « وفى الركاز الخمس » فإنه يدل بعمومه على وجوب الخمس فى كل ركاز يوجد . وبمفهومه على أن باقيه لواجده من كان ، ولأنه مال كافر مظهور عليه ، فكان فيه الخمس على من وجده وباقيه لواجده كالغنيمة ولأنه اكتساب مال ، فكان لمكتسبه إن كان حراً ، أو لسيده إن كان عبداً كالاحتشاش والاصطياد ، ويتخرج لنا : أن لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة . بناء على قولنا . إنه زكاة . والأول أصح .

(فصل) ويجوز أن يتولى الإنسان تفرقة الخمس بنفسه . وبه قال أصحاب الرأى وابن المنذر ، لأن علياً أمر واجد الكنز بتفرقته على المساكين . قاله الإمام أحمد . ولأنه أدى الحق إلى مستحقه فبرىء منه ، كما لو فرق الزكاة وأدى الدين إلى ربه . ويتخرج أن لا يجوز ذلك ، لأن الصحيح أنه فىء فلم يملك تفرقته بنفسه كخمس الغنيمة . وبهذا قال أبو ثور ، قال : وإن فعل ضمنه الإمام . قال القاضى : وليس للإمام رد خمس الركاز . لأنه حق مال ، فلم يجز رده على من وجب عليه كالزكاة وخمس الغنيمة . وقال ابن عقيل : يجوز . لأنه روى عن عمر « أنه رد بعضه على واجده » ولأنه فىء ، فجاز رده أو رد بعضه على واجده ، كخراج الأرض وهذا قول أبى حنيفة .

« مسألة » قال (وإذا أخرج من المعادن من الذهب عشرين مثقالا أو من الورق مائتى درهم أو قيمة ذلك من الزئبق والرصاص والصفر أو غير ذلك مما يستخرج من الأرض فعليه الزكاة من وقته) .

اشتقاق المعدن من عدن فى المكان يعدن إذا أقام به . ومنه سميت جنة عدن . لأنها دار إقامة وخلود . قال أحمد : المعادن هى التى تستنبط ، ليس هو شىء دفن والكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

(أحدها) فى صفة المعدن الذى يتعلق به وجوب الزكاة ، وهو كل ما خرج من الأرض مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة ، كالذى ذكره الخرقى ونحوه من الحديد، والياقوت ، والزبرجد ، والبلور ، والعقيق والسبج ، والكحل ، والزاج ، والزرنيخ والمغرة . وكذلك المعادن الجارية ، كالقار والنفط ، والكبريت ، ونحو ذلك . وقال مالك والشافعى : لا تتعلق الزكاة إلا بالذهب والفضة . لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا زكاة فى حجر » ولأنه مال يقـــوم بالذهب والفضة مستفاد من الأرض . أشبه الطين الأحمر . وقال أبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه : تتعلق الزكاة بكل ما ينطبع ، كالرصاص والحديد والنحاس دون غيره .

ولنـا : عموم قوله تعالى (٢ : ٢٦٧ ومما أخرجنا لكم من الأرض) ولأنه معدن ، فتعلقت الزكاة بالخارج منه كالأثمان ، ولأنه مال لو غنمه وجب عليه خمسه ، فإذا أخرجه من معدن وجبت فيه الزكاة كالذهب . وأما الطين فليس بمعدن. لأنه تراب . والمعدن : ما كان فى الأرض من غير جنسها .

(الفصل الثانى فى قدر الواجب وصفته) وقدر الواجب فيه : ربع العشر ، وصفته : أنه زكاة . وهذا قول عمـــر بن عبد العزيز ومالك . وقال أبو حنيفة : الواجب فيه الخمس ، وهو فىء . واختاره أبو عبيد . وقال الشافعى : هو زكاة . واختلف قوله فى قدره كالمذهبين ، واحتج من أوجب الخمس بقول النبى صلى الله عليه وسلم « ما لم يكن فى طريق مأتى ، ولا فى قرية عامرة ففيه وفى الركاز الخمس » رواه النسائى والجوزجانى وغيرهما . وفى رواية « ما كان فى الخراب ففيه وفى الركاز الخمس » وروى سعيد والجوزجانى بإسنادهما عن عبد الله بن سعيد المقبرى عن أبيه عن أبى هريرة قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الركاز : هو الذهب الذى ينبت من الأرض » وفى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « وفى الركاز الخمس ، قيل . يا رسول الله وما الركاز ؟ قال : هو الذهب والفضة المخلوقان فى الأرض يوم خلق الله السموات والأرض » وهذا نص ، وفى حديث عنـــه عليه السلام أنه قال « وفى السيوب الخمس » قال : والسيوب عروق الذهب والفضة التى تحت الأرض ، ولأنه مال مظهور عليه فى الإسلام . أشبه الركاز .

ولنـا . ما روى أبو عبيد بإسناده عن ربيعة بن عبد الرحمن عن غير واحد من علمائهم « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث المزنى معادن القبلية فى ناحية الفرع قال . فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم » وقد أسنده عبد الله بن كثير بن عوف إلى النبي صلى الله عليه وسلم عن أبيه عن جده . ورواه الدراوردى عن ربيعة بن الحارث بن بلال بن الحارث المزنى « أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ منه زكاة المعادن القبلية » قال أبو عبيد . القبلية . بلاد معروفة بالحجاز . ولأنه حق يحرم على أغنياء ذوى القربى فكان زكاة كالواجب فى الأثمان التى كانت مملوكة له . وحديثهم الأول لا يتناول محل النزاع . لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما ذكر ذلك فى جواب سؤاله عن اللقطة . وهذا ليس بلقطة ، ولا يتناوله اسمها . فلا يكون متناولا لمحل النزاع . والحديث الثانى يرويه عبد الله ابن سعد ، وهو ضعيف . وسائر أحاديثهم لا يعرف صحتها . ولا هى مذكورة فى المسانيد والدواوين . ثم هى متروكة الظاهر . فإن هذا ليس هو المسمى بالركاز ، والسيوب . هو الركاز . لأنه مشتق من السيب ، وهو العطاء الجزيل .

(الفصل الثالث فى نصاب المعادن) . وهو ما يبلغ من الذهب عشرين مثقالا ، ومن الفضة مائتى درهم أو قيمة ذلك من غيرهما . وهذا مذهب الشافعى ، وأوجب أبو حنيفة الخمس فى قليله وكثيره من غير اعتبار نصاب ، بناء على أنه ركاز . لعموم الأحاديث التى احتجوا بها عليه ، ولأنه لا يعتبر له حول ، فلم يعتبر له نصاب كالركاز .

ولنـا عموم قوله عليه السلام « ليس فيما دون خمس أواق صدقة » وقوله « ليس فى تسعين ومائة شيء » وقوله عليه السلام « ليس عليكم فى الذهب شيء حتى يبلغ عشرين مثقالا » وقد بينا أن هذا ليس بركاز . وأنه مفارق للركاز من حيث إن الركاز مال كافر أخذ فى الإسلام . فأشبه الغنيمة . وهذا وجب مواساة وشكراً لنعمة الغنى ، فاعتبر له النصاب كسائر الزكوات ، وإنما لم يعتبر له الحول لحصوله دفعة واحدة . فأشبه الزروع والثمار . إذا ثبت هذا فإنه يعتبر إخراج النصاب دفعة واحدة أو دفعات لا يترك العمل بينهن ترك إهمال ، فإن خرج دون النصاب ثم ترك العمل مهملا له ثم أخرج دون النصاب ، فلا زكاة فيهما وإن بلغا

بمجموعهما نصابا ، وإن بلغ أحدهما نصابا دون الآخر زكى النصاب . ولا زكاة فى الآخر ، وفيما زاد على النصاب بحسابه . فأما ترك العمل ليلا أو للاستراحة أو لعذر من مرض أو لإصلاح الأداة أو إباق عبيده ونحوه فلا يقطع حكم العمل . ويضم ما خرج فى العملين بعضه إلى بعض فى إكمال النصاب . وكذلك إن كان مشتغلا بالعمل فخرج بين المعدنين تراب لا شىء فيه . وإن اشتمل المعدن على أجناس ، كمعدن فيه الذهب والفضة . فذكر القاضى . أنه لا يضم أحدهما إلى الآخر فى تكميل النصاب . وأنه يعتبر النصاب فى الجنس بإنفراده ، لأنه أجناس فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر كغير المعدن . والصواب إن شاء الله . أنه إن كان المعدن يشتمل على ذهب وفضة ففى ضم أحدهما إلى الآخر وجهان ، بناء على الروايتين فى ضم أحدهما إلى الآخر فى غير المعدن ، وإن كان فيه أجناس من غير الذهب والفضة ضم بعضهما إلى بعض . لأن الواجب فى قيمتها ، والقيمة واحدة . فأشبهت عروض التجارة ، وإن كان فيها أحد النقدين وجنس آخر ضم أحدهما إلى الآخر ؛ كما تضم العروض إلى الأثمان ، فإن استخرج نصابا من معدنين وجبت الزكاة فيه . لأنه مال رجل واحد . فأشبه الزرع فى مكانين .

(الفصل الرابع فى وقت الوجوب) وتجب الزكاة فيه حين يتناوله ويكمل نصابه ، ولا يعتبر له حول . وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى . وقال إسحاق وابن المنذر . لا شىء فى المعدن حتى يحول عليه الحول ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول » .

ولنا . أنه مال مستفاد من الأرض . فلا يعتبر فى وجوب حقه حول كالزرع والثمار والركاز ؛ ولأن الحول إنما يعتبر فى غير هذا لتكميل النماء ؛ وهو يتكامل نماؤه دفعة واحدة ؛ فلا يعتبر له حول كالزروع . والخبر مخصوص بالزرع والثمر ؛ فيخص محل النزاع بالقياس عليه . إذا ثبت هذا فلا يجوز إخراج زكاته إلا بعد سبكه وتصفيته كعشر الحب ، فإن أخرج ربع عشر ترابه قبل تصفيته وجب رده إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً . والقول فى قدر المقبوض قول الآخذ . لأنه غارم . فإن صفاه الآخذ وكان قدر الزكاة أجزأ . وإن زاد رد الزيادة إلا أن يسمح له المخرج ؛ وإن نقص فعلى المخرج . وما أنفقه الآخذ على تصفيته . فهو من

ماله لا يرجع به على المالك ، ولا يحتسب المالك ما أنفقه على المعدن فى استخراجه من المعدن ولا فى تصفيته . وقال أبو حنيفة . لا تلزمه المؤنة من حقه ، وشبهه بالغنيمة وبناه على أصله أن هذا ركاز فيه الخمس ، وقد مضى الكلام فى ذلك . وقد ذكرنا أن الواجب فى هذا زكاة . فلا يحتسب بمؤنة استخراجه ؛ فتصفيته كالحب . وإن كان ذلك ديناً عليه احتسب به كما يحتسب بما أنفق على الزرع .

(فصل) ولا زكاة فى المستخرج من البحر . كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه فى ظاهر قول الخرقى واختيار أبى بكر ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس . وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء ومالك والثورى وابن أبى ليلى والحسن بن صالح والشافعى وأبو حنيفة ومحمد وأبو ثور وأبو عبيد . وعن أحمد رواية أخرى . أن فيه الزكاة ، لأنه خارج من معدن . فأشبه الخارج من معدن البر . ويحكى عن عمر ابن عبد العزيز . أنه أخذ من العنبر الخمس . وهو قول الحسن والزهرى . وزاد الزهرى فى اللؤلؤ يخرج من البحر .

ولنا . أن ابن عباس قال . « ليس فى العنبر شىء . إنما هو شىء ألقاه البحر » وعن جابر نحوه . رواهما أبو عبيد ؛ ولأنه قد كان يخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه ؛ فلم يأت فيه سنة عنه ولا عن أحد من خلفائه من وجه يصح ، ولأن الأصل عدم الوجوب فيه ، ولا يصح قياسه على معدن البر . لأن العنبر إنما يلقيه البحر فيوجد ملقى فى البر على الأرض من غير تعب . فأشبه المباحات المأخوذة من البر ، كالمن والزنجبيل وغيرهما ، وأما السمك . فلا شىء فيه بحال فى قول أهل العلم كافة إلا شىء يروى عن عمر بن عبد العزيز . رواه أبو عبيد عنه . وقال . ليس الناس على هذا . ولا نعلم أحداً يعمل به . وقد روى ذلك عن أحمد أيضاً .

والصحيح . أن هذا لا شىء فيه . لأنه صيد . فلم يجب فيه زكاة كصيد البر . ولأنه لا نص ولا إجماع على الوجوب فيه . ولا يصح قياسه على مافيه الزكاة ، فلا وجه لإيجابها فيه .

(فصل) والمعادن الجامدة تملك بملك الأرض التى هى فيها . لأنها جزء من أجزاء الأرض . فهى كالتراب والأحجار النابتة . بخلاف الركاز فإنه ليس من

أجزاء الأرض . إنما هو مودع فيها . وقد روى أبو عبيد بإسناده عن عكرمة مولى بلال بن الحارث المزنى قال « أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا أرض كذا من مكان كذا إلى كذا . وما كان فيها من جبل أو معدن . قال . فباع بنو بلال من عمر بن عبد العزيز أرضاً فخرج فيها معدنان . فقالوا . إنما بعناك أرض حرث . ولم نبعك المعدن . وجاءوا بكتاب القطيعة التى قطعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبيهم فى جريدة . قال . فجعل عمر يمسحها على عينه . وقال لقيمه . أنظر ما استخرجت منها وما أنفقت عليها فقاصهم بالنفقة . ورد عليهم الفضل » فعلى هذا ما يجده فى ملك أو فى موات فهو أحق به . وإن سبق اثنان إلى معدن فى موات فالسابق أولى به ما دام يعمل . فإذا تركه جاز لغيره العمل فيه . وما يجده فى مملوك يعرف مالكه فهو لمالك المكان . فأما المعادن الجارية . فهى مباحة على كل حال . إلا أنه يكره له دخول ملك غيره إلا بإذنه . وقد روى أنها تملك بملك الأرض التى هى فيها . لأنها من نمائها وتوابعها . فكانت لمالك الأرض كفروع الشجر المملوك وثمرته .

(فصل) ويجوز بيع تراب المعدن والصاغة بغير جنسه . ولا يجوز بجنسه إن كان مما يجرى فيه الربا لأنه يؤدى إلى الربا والزكاة على البائع . لأنها وجبت فى يده كما لو باع الثمرة بعد بدو صلاحها ، وقد روى أبو عبيد فى الأموال « أن أبا الحارث المزنى اشترى تراب معدن بمائة شاة متبع فاستخرج منه ثمن ألف شاة ، فقال له البائع : رد على البيع ، فقال : لا أفعل . فقال : لآتين علياً فلآتين عليك — يعنى أسعى بك — فأتى على بن أبى طالب ، فقال : إن أبا الحارث أصاب معدنا فأباه على . فقال : أين الركاز الذى أصبت ؟ فقال : ما أصبت ركازاً ، إنما أصابه هذا . فاشتريته منه بمائة متبع : فقال له على : ما أرى الخمس إلا عليك . قال فخمس المائة شاة » .

إذا ثبت هذا : فالواجب عليه زكاة المعدن لا زكاة الثمن ، لأن الزكاة إنما تعلقت بعين المعدن أو بقيمته إن لم يكن من جنس الأثمان . فأشبه ما لو باع السائمة بعد حولها ، أو الزرع والثمرة بعد بدو صلاحها .

(فصل) ومن أجر داره فقبض كراها فلا زكاة عليه فيه حتى يحول عليه الحول وعن أحمد أنه يزكيه إذا استفاده . والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول » ولأنه مال مستفاد بعقد معاوضه . فأشبه ثمن المبيع ، وكلام أحمد فى الرواية الأخرى : محمول على من أجر داره سنة وقبض أجرتها فى آخرها . فأوجب عليه زكاتها لأنه قد ملكها من أول الحول ، فصارت كسائر الديون إذا قبضها بعد حول زكاها حين يقبضها . فإنه قد صرح بذلك فى بعض الروايات عنه ، فيحمل مطلق كلامه على مقيده .

باب زكاة التجارة

تجب الزكاة فى قيمة عروض التجارة فى قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن فى العروض التى يراد بها التجارة : الزكاة إذا حال عليها الحول ، روى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس ، وبه قال الفقهاء السبعة والحسن وجابر بن زيد وميمون بن مهران وطاوس والنخعى والثورى والأوزاعى والشافعى وأبو عبيد وإسحق وأصحاب الرأى . وحكى عن مالك وداود : أنه لا زكاة فيها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق » .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن سمرة بن جندب قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعده للبيع » وروى الدارقطنى عن أبى ذر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « فى الإبل صدقتها . وفى الغنم صدقتها ، وفى البز صدقته » قاله بالزاى ، ولا خلاف أنها لا تجب فى عينه . وثبت أنها فى قيمته ، وعن أبى عمرو بن حماس عن أبيه قال : « أمرنى عمر ، فقال : أد زكاة مالك . فقلت : مالى مال إلا جعاب وأدم ، فقال : قومها ثم أد زكاتها » رواه الإمام أحمد وأبو عبيد . وهذه قصة يشتهر مثلها ولم تنكر ، فيكون إجماعاً . وخبرهم المراد به زكاة العين لا زكاة القيمة ، بدليل ما ذكرنا ، على أن خبرهم عام وخبرنا خاص . فيجب تقديمه .

« مسألة » قال : (والعروض إذا كانت لتجارة قومها إذا حال عليها الحول وزكاها) .

العروض : جمع عرض . وهو غير الأثمان من المال على اختلاف أنواعه من النبات والحيوان والعقار وسائر المال ، فمن ملك عرضاً للتجارة فحال عليه الحول . وهو نصاب قومه فى آخر الحول ، فما بلغ أخرج زكاته ، وهو ربع عشر قيمته . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى اعتبار الحول . وقد دل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول » .

إذا ثبت هذا : فإن الزكاة تجب فيه فى كل حول وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحق وأبو عبيد وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يزكيه إلا لحول واحد ، إلا أن يكون مدبراً . لأن الحول الثانى لم يكن المال عيناً فى أحد طرفيه فلم تجب فيه الزكاة ، كالحول الأول إذا لم يكن فى أوله عيناً .

ولنا : أنه مال تجب الزكاة فيه فى الحول الأول لم ينقص عن النصاب ولم تتبدل صفته فوجبت زكاته فى الحول الثانى . كما لو نقص فى أوله . ولا نسلم أنه إذا لم يكن فى أوله عينا لا تجب الزكاة فيه . وإذا اشترى عرضاً للتجارة بعرض للقنية جرى فى حول الزكاة من حين اشتراه .

(فصل) ويخرج الزكاة من قيمة العروض دون عينها . وهذا أحد قولى الشافعى وقال فى آخر : هو مخير بين الإخراج من قيمتها وبين الإخراج من عينها ، وهذا قول أبى حنيفة ، لأنها مال تجب فيه الزكاة ، فجاز إخراجها من عينه كسائر الأموال .

ولنا : أن النصاب معتبر بالقيمة ، فكانت الزكاة منها كالعين فى سائر الأموال ولا نسلم أن الزكاة تجب فى المال ، وإنما وجبت فى قيمته .

(فصل) ولا يصير العرض للتجارة إلا بشرطين : أحدهما : أن يملكه بفعله كالبيع والنكاح والخلع وقبول الهبة والوصية والغنيمة واكتساب المباحات ، لأن مالا يثبت له حكم الزكاة بدخوله فى ملكه لا يثبت بمجرد النية كالصوم ، ولا فرق بين أن يملكه بعوض أو بغير عوض ، ذكر ذلك أ . الخطاب وابن عقيل . لأنه

ملكه بفعله . أشبه الموروث . والثانى : أن ينوى عند تملكه أنه للتجارة ، فإن لم ينو عند تملكه أنه للتجارة لم يصر للتجارة ، وإن نواه بعد ذلك ، وإن ملكه بإرث وقصد أنه للتجارة لم يصر للتجارة . لأن الأصل القنية والتجارة عارض ، فلم يصر إليها بمجرد النية ، كما لو نوى الحاضر السفر لم يثبت له حكم السفر بدون الفعل . وعن أحمد رواية أخرى : أن العرض يصير للتجارة بمجرد النية لقول سمرة « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج الصدقة مما نعد للبيع » فعلى هذا لا يعتبر أن يملكه بفعله ، ولا يكون فى مقابلة عوض . بل متى نوى به التجارة صار للتجارة

« مسألة » قال (ومن كانت له سلعة للتجارة ، ولا يملك غيرها وقيمتها دون مائتى درهم ، فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول من يوم ساوت مائتى درهم) .

وجملة ذلك : أنه يعتبر الحول فى وجوب الزكاة فى مال التجارة ، ولا ينعقد الحول حتى يبلغ نصاباً ، فلو ملك سلعة قيمتها دون النصاب فمضى نصف الحول وهى كذلك ، ثم زادت قيمة النماء بها أو تغيرت الأسعار فبلغت نصاباً أو باعها بنصاب ، أو ملك فى أثناء الحول عرضاً آخر أو أثماناً تم بها النصاب ابتدأ الحول من حينئذ ؛ فلا يحتسب بما مضى ، هذا قول الثورى ، وأهل العراق ، والشافعى ، وإسحق وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وابن المنذر . ولو ملك للتجارة نصاباً فنقص عن النصاب فى أثناء الحول ثم زاد حتى بلغ نصاباً ، استأنف الحول عليه لكونه انقطع بنقصه فى أثنائه ، وقال مالك : ينعقد الحول على ما دون النصاب . فإذا كان فى آخره نصاباً زكاه وقال أبو حنيفة : يعتبر فى طرفى الحول دون وسطه لأن التقويم يشق فى جميع الحول ، فعفى عنه إلا فى آخره فصار الاعتبار به ؛ ولأنه يحتاج إلى أن تعرف قيمته فى كل وقت ليعلم أن قيمته فيه تبلغ نصابا وذلك يشق

ولنا : أنه مال يعتبر له الحول والنصاب . فوجب اعتبار كمال النصاب فى جميع الحول كسائر الأموال التى يعتبر لها ذلك . « وقولهم » يشق التقويم « لا يصح . فإن غير المقارب للنصاب لا يحتاج إلى تقويم لظهور معرفته ، والمقارب للنصاب إن سهل عليه التقويم وإلا فله الأداء والأخذ بالاحتياط ، كالمستفاد فى أثناء الحول إن سهل عليه ضبط مواقيت التملك ، وإلا فله تعجيل زكاته مع الأصل .

(فصل) وإذا ملك نصباً للتجارة فى أوقات متفرقة لم يضم بعضها إلى بعض . لما بينا من أن المستفاد لا يضم إلى ما عنده فى الحول ، وإن كان العرض الأول ليس بنصاب وكمل بالثانى نصاباً . فحولها من حين ملك الثانى ، ونماؤهما تابع لها . ولا يضم الثالث إليهما ، بل ابتداء الحول من حين ملكه ، وتجب فيه الزكاة . وإن كان دون النصاب لأن قبله نصاباً . ولهذا يخرج عنه بالحصة ونماؤه تابع له .

« مسألة » قال (وتقوم السلع إذا حال الحول بالأحظ للمساكين من عين أو ورق ولا يعتبر ما اشتريت به) .

يعنى إذا حال الحول على العروض وقيمتها بالفضة نصاب ولا تبلغ نصاباً بالذهب قومناها بالفضة ليحصل للفقراء منها حظ ، ولو كانت قيمتها بالفضة دون النصاب وبالذهب تبلغ نصاباً قومناها بالذهب لتجب الزكاة فيها ، ولا فرق بين أن يكون اشتراؤها بذهب أو فضة أو عروض ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : تقوم بما اشتراه من ذهب أو فضة ، لأن نصاب العروض مبنى على ما اشتراه به . فيجب أن تجب الزكاة فيه ، وتعتبر به كما لو لم يشتر به شيئاً .

ولنا: أن قيمته بلغت نصاباً . فتجب الزكاة فيه كما لو اشتراه بعرض وفى البلد نقدان مستعملان تبلغ قيمة العروض بأحدهما نصاباً ، ولأن تقويمه لحظ المساكين ، فيعتبر ما لهم فيه الحظ كالأصل ، وأما إذا لم يشتر بالنقد شيئاً . فإن الزكاة فى عينه لا فى قيمته ، بخلاف العرض إلا أن يكون النقد معداً للتجارة . فينبغى أن تجب الزكاة فيه إذا بلغت قيمته بالنقد الآخر نصاباً ، وإن لم تبلغ بعينه نصاباً ، لأنه مال تجارة بلغت قيمته نصاباً . فوجبت زكاته كالعروض ، فأما إذا بلغت قيمة العروض نصاباً بكل واحد من الثمنين قومه بما شاء منهما وأخرج ربع عشر قيمته من أى النقدين شاء ، لكن الأولى أن يخرج من النقد المستعمل فى البلد ، لأنه أحظ للمساكين ، وإن كانا مستعملين أخرج من الغالب فى الاستعمال لذلك ، فإن متساويا أخرج من أيهما شاء، وإذا باع العروض بنقد وحال الحول عليه قوم النقد دون العروض . لأنه إنما يقوم ما حال عليه الحول دون غيره .

(فصل) وإذا اشترى عرضاً للتجارة بنصاب من الأثمان أو بما قيمته نصاب من عروض التجارة بنى حول الثانى على الحول الأول ، لأن مال التجارة إنما تتعلق الزكاة بقيمته ، وقيمته : هى الأثمان نفسها ، وكما إذا كانت ظاهرة فخفيت فأشبه ما لو كان له نصاب فأقرضه لم ينقطع حوله بذلك ، وهكذا الحكم إذا باع العرض بنصاب أو بعرض قيمته نصاب ، لأن القيمة كانت خفية فظهرت أو بقيت على خفائها فأشبه ما لو كان له قرض فاستوفاه أو أقرضه إنساناً آخر ، ولأن النماء فى الغالب فى التجارة إنما يحصل بالتقليب ، ولو كان ذلك يقطع الحول لكان السبب الذى وجبت فيه الزكاة لاجله يمنعها . لأن الزكاة لا تجب إلا فى مال نام ، وإن قصد بالأثمان غير التجارة لم ينقطع الحول أيضاً . وقال الشافعى : ينقطع قولا واحداً . لانه مال تجب الزكاة فى عينه دون قيمته فانقطع الحول بالبيع به كالسائمة .

ولنا : أنه من جنس القيمة التى تتعلق الزكاة بها فلم ينقطع الحول ببيعها به كما لو قصد به التجارة . وفارق السائمة فإنها من غير جنس القيمة . فأما إن أبدل عرض التجارة بما تجب الزكاة فى عينه كالسائمة ولم ينو به التجارة لم يبن حول أحدهما على الآخر لأنهما مختلفان ، وإن أبدله بعرض للقنية بطل الحول ، وإن اشترى عرض التجارة بعرض القنية انعقد عليه الحول من حين ملكه إن كان نصاباً ، لأنه اشتراه بما لا زكاة فيه فلم يمكن بناء الحول عليه ، وإن اشتراه بنصاب من السائمة لم يبن على حوله لأنهما مختلفان ، وإن اشتراه بما دون النصاب من الأثمان أو من عروض التجارة انعقد عليه الحول من حين تصير قيمته نصاباً ، لأن مضى الحول على نصاب كامل شرط لوجوب الزكاة .

(فصل) وإذا اشترى للتجارة نصاباً من السائمة فحال الحول والسوم ونية التجارة موجودان زكاه زكاة التجارة . وبهذا قال أبو حنيفة والثورى ، وقال مالك والشافعى فى الجديد يزكيها زكاة السوم ، لأنها أقوى لانعقاد الإجماع عليها واختصاصها بالعين فكانت أولى .

ولنا : أن زكاة التجارة أحظ للمساكين لأنها تجب فيما زاد بالحساب ، ولأن الزائد عن النصاب قد وجد سبب وجوب زكاته فيجب كما لو لم يبلغ بالسوم

نصاباً ، وإن سبق وقت وجوب زكاة السوم وقت وجوب زكاة التجارة مثل أن يملك أربعين من الغنم قيمتها دون مائتى درهم ثم صارت قيمتها فى نصف الحول مائتى درهم فقال القاضى : يتأخر وجوب الزكاة حتى يتم حول التجارة ، لأنه أنفع للفقراء وإلا يفضى التأخير إلى سقوطها ، لأن الزكاة تجب فيها إذا تم حول التجارة ، ويحتمل أن تجب زكاة العين عند تمام حولها لوجود مقتضيها من غير معارض . فإذا تم حول التجارة وجبت زكاة الزائد عن النصاب لوجود مقتضيها . لأن هذا مال للتجارة . وحال الحول عليه وهو نصاب ، ولا يمكن إيجاب الزكاتين بكمالها ، لأنه يفضى إلى إيجاب زكاتين فى حول واحد بسبب واحد . فلم يجز ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ثنى فى الصدقة » وفارق هذا زكاة التجارة ، وزكاة الفطر . فإنهما يجتمعان لأنهما بسببين ، فإن زكاة الفطر : تجب عن بدن الإنسان المسلم طهرة له ، وزكاة التجارة : تجب عن قيمته شكراً لنعمة الغنى ومواساة للفقراء . فأما إن وجد نصاب السوم دون نصاب التجارة . مثل أن يملك ثلاثين من البقر قيمتها مائة وخمسون درهماً وحال الحول عليها كذلك . فإن زكاة العين تجب بغير خلاف ، لأنه لم يوجد لها معارض فوجبت كما لو لم تكن للتجارة .

(فصل) وإن اشترى نخلا أو أرضاً للتجارة فزرعت الأرض وأثمرت النخل فاتفق حولاهما بأن يكون بدو الصلاح فى الثمرة واشتداد الحب عند تمام الحول ، وكانت قيمة الأرض والنخل بمفردها نصاباً للتجارة . فإنه يزكى الثمرة والحب زكاة العشر ، ويزكى الأصل زكاة القيمة ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأبى ثور . وقال القاضى وأصحابه . يزكى الجميع زكاة القيمة ، وذكر أن أحمد أومأ إليه ، لأنه مال تجارة . فتجب فيه زكاة التجارة كالسائمة .

ولنا : أن زكاة العشر أحظ للفقراء . فإن العشر أحظ من ربع العشر فيجب تقديم ما فيه الحظ ، ولأن الزيادة على ربع العشر قد وجد سبب وجوبها فتجب ، وفارق السائمة المعدة للتجارة فإن زكاه السوم أقل من زكاة التجارة .

« مسألة » قال (وإذا اشتراها للتجارة ثم نواها للاقتناء ، ثم نواها للتجارة . فلا زكاة فيها حتى يبيعها ويستقبل بثمنها حولا) .

لا يختلف المذهب فى أنه إذا نوى بعرض التجارة القنية أنه يصير للقنية وتسقط الزكاة منه ، وبهذا قال الشافعى . وأصحاب الرأى . وقال مالك فى إحدى الروايتين عنه : لا يسقط حكم التجارة بمجرد النية ، كما لو نوى بالسائمة العلف .

ولنا : أن القنية الأصل ويكفى فى الرد إلى الأصل بجرد النيــة . كما لو نوى بالحلى التجارة ، أو نوى المسافر الإقامة ، ولأن نية التجارة شرط لوجوب الزكاة فى العروض ، فإذا نوى القنية زالت نية التجارة ففات شرط الوجوب ، وفارق السائمة إذا نوى علفها ، لأن الشرط فيها الإسامة دون نيتها فلا ينتفى الوجوب إلا بانتفاء السوم ، وإذا صار العرض للقنيـة بنيتها فنوى به التجارة لم يصر للتجارة بمجرد النية على ما أسلفناه . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى والثورى وذهب ابن عقيل ، وأبو بكر إلى أنه يصير للتجارة بمجرد النيـة ، وحكوه رواية عن أحمد لقوله : فيمن أخرجت أرضه خمسة أوسق فمكثت عنده سنين لا يريد بها التجارة فليس عليه زكاة ، وإن كان يريد التجارة فأعجب إلى أن يزكيه . قال بعض أصحابنا : هذا على أصح الروايتين ، لأن نيـة القنية بمجردها كافية فكذلك نية التجارة بل أولى ، لأن الإيجاب يغلب على الإسقاط احتياطاً ، ولأنه أحظ للمساكين فاعتبر كالتقويم ؛ ولأن سمرة قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج الصدقة مما نعده للبيع » وهذا داخل فى عمومه ، ولأنه نوى به التجارة . فوجبت فيه الزكاة كما لو نوى حال البيع .

ولنـا : أن كل ما لا يثبت له الحكم بدخوله فى ملكه لا يثبت بمجرد النية كما لو نوى بالمعلوفة السوم ، ولأن القنية الأصل والتجارة فرع عليها ، فلا ينصرف إلى الفرع بمجرد النيـة ، كالمقيم ينوى السفر وبالعكس من ذلك ما لو نوى القنيـة فإنه يردها إلى الاصل ، فانصرف إليه بمجرد النيـة ، كما لو نوى المسافر الإقامة ، فكذلك إذا نوى بمال التجارة القنية انقطع حوله ، ثم إذا نوى به التجارة فلا شىء فيه حتى يبيعه ويستقبل بثمنه حولا .

(فصل) فإن كانت عنده ماشية للتجارة نصف حول فنوى بها الأسامة وقطع نية التجارة انقطع حول التجارة واستأنف حولا . كذلك قال الثورى وأبو ثور . وأصحاب الرأى : لأن حول التجارة انقطع بنية الاقتناء وحول السوم

لا يفبنى على حول التجاره ، والأشبه بالدليل أنها متى كانت سائمة من أول الحول وجبت الزكاة فيها عند تمامه ، وهذا يروى نحوه عن إسحاق ، لان السوم سبب لوجوب الزكاة وجد فى جميع الحول خالياً عن معارض فوجبت به الزكاة كمالو لم ينو التجارة ، أو كما لو كانت السائمة لا تبلغ نصاباً بالقيمة .

« مسألة » قال « وإذا كان فى ملكه نصاب للزكاة فاتجر فيه فنمى أدى زكاة الأصل مع النماء إذا حال الحول)

وجملته . أن حول النماء مبنى على حول الاصل . لأنه تابع له فى الملك فتبعه فى الحول كالسخال والنتاج ، وبهذا قال مالك ، و إسحاق . وأبو يوسف ، وأما أبوحنيفة . فانه بنى حول كل مستفاد على حول جنسه نماء كان أو غيره . وقال الشافعى : إن نضت الفائدة قبل الحول لم يبن حولها على حول النصاب واستأنف بها حولا . لقوله عليه السلام ، لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول » ولأنها فائدة تامة لم تتولد مما عنده فلم يبن على حوله كما لو استفاد من غير الربح . وإن اشترى سلعة بنصاب فزادت قيمتها عند رأس الحول ، فإنه يضم الفائدة ويزكى عن الجميع بخلاف ما إذا باع السلعة قبل الحول بأكثر من نصاب . فإنه يزكى عند رأس الحول عن النصاب ويستأنف للزيادة حولا

ولنا : أنه نماء جار فى الحول تابع لأصله فى الملك فكان مضموماً إليه فى الحول كالنتاج وكما لو لم ينض ؛ ولأنه ثمن عرض تجب زكاة بعضه . ويضم إلى ذلك البعض قبل البيع ، فيضم إليه بعده كبعض النصاب ، ولأنه لو بقى عرضاً زكى جميع القيمة ، فإذا نض كان أولى . لأنه يصير متحققاً ، ولأن هذا الربح كان تابعاً للأصل فى الحول كما لو لم ينض فبنضه لا يتغير حوله . والحديث فيه مقال ، وهو مخصوص بالنتاج وبما لم ينض فنقيس عليه .

(فصل) وإن اشترى للتجارة ما ليس بنصاب فنمى حتى صار نصاباً انعقد عليه الحول من حين صار نصاباً فى قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : إذا كانت له خمسة دنانير فاتجر فيها فحال عليها الحول وقد بلغت ما تجب فيه الزكاة يزكيها .

ولنا : أنه لم يحل الحول على نصاب فلم تجب فيه الزكاة ، كما لو نقص فى آخره .

(فصل) وإذا اشترى للتجارة شقصاً بألف فحال عليه الحول وهو يساوى ألفين ، فعليه زكاة ألفين ، فإن جاء الشفيع أخذه بألف ، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن لا بالقيمة ، والزكاة على المشترى . لأنها وجبت وهو فى ملكه ، ولو لم يأخذه الشفيع ، لكن وجد به عيباً فرده ، فإنه يأخذ من البائع ألفاً ، ولو انعكست المسألة فاشتراه بألفين وحال الحول وقيمته ألف . فعليه زكاة ألف ، فيأخذه الشفيع إن أخذه ويرده بالعيب بألفين . لأنهما الثمن الذى وقع البيع به .

(فصل) وإن دفع إلى رجل ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفان فحال الحول وقد صار ثلاثة آلاف . فعلى رب المال زكاة ألفين ، لأن ربح التجارة حوله حول أصله وقال الشافعى فى أحد قوليه : عليه زكاة الجميع ، لأن الأصل له والربح نماء ماله ولا يصح ، لأن حصة المضارب له وليست ملكا لرب المال ، بدليل أن للمضارب المطالبة بها ، ولو أراد رب المال دفع حصته إليه من غير هذا المال لم يلزمه قبوله ، ولا تجب على الإنسان زكاة ملك غيره ، ولأن رب المال يقول حصتك أيها العامل مترددة بين أن تسلم فتكون لك ، أو تتلف فلا تكون لى ولا لك . فكيف يكون على زكاة ما ليس لى بوجه ما ؟ وقوله : إنه نماء ماله . قلنا : لكنه لغيره ، فلم تجب عليه زكاة ، كما لو وهب نتاج سائمته لغيره ، إذا ثبت هذا : فإنه يخرج الزكاة من المال . لأنه من مؤنته ، فكان منه كمؤنة حمله ويحسب من الربح ، لأنه وقاية لرأس المال .

وأما العامل فليس عليه زكاة فى حصته حتى يقتسما ويستأنف حولا من حينئذ . نص عليه أحمد فى رواية صالح وابن منصور . فقال : فإذا احتسبا يزكى المضارب إذا حال الحول من حين احتسب . لأنه علم ماله فى المال ، ولأنه إذا اتضع بعد ذلك كانت الوضيعة على رب المال ، يعنى : إذا اقتسما . لأن القسمة فى الغالب تكون عند المحاسبة . ألا تراه يقول : إن اتضع بعد ذلك كانت الوضيعة على رب المال ، وإنما يكون هذا بعد القسمة . وقال أبو الخطاب : يحتسب حوله من حين ظهور الربح ، يعنى : إذا كمل نصاباً ، إلا على قول من قال : إن الشركة تؤثر فى غير الماشية ، قال : ولا يجب إخراج زكاته حتى يقبض المال . لأن العامل

يملك الربح بظهوره ، فإذا ملكه جرى فى حول الزكاة ، ولأن من أصلنا : أن فى المال الضال والمغصوب والدين على مماطل الزكاة ، وإن كان رجوعه إلى ملك يده مظنوناً كذا ههنا .

ولنا : أن ملك المضارب غير تام . لأنه بعرض أن تنقص قيمة الأصل أو يخسر فيه . وهذا وقاية له . ولهذا منع من الاختصاص به والتصرف فيه بحق نفسه ، فلم يكن فيه زكاة كمال المكاتب . يؤكد هذا : أنه لو كان ملكا تاماً لاختص بربحه ، فلو كان رأس المال عشرة فاتجر فيه فربح عشرين ، ثم اتجر فربح ثلاثين لكانت الخمسون التى ربحها بينهما نصفين ، ولو تم ملكه بمجرد ظهور الربح لملك من العشرين الأولى عشرة واختص بربحها وهى عشرة من الثلاثين وكانت العشرون الباقية بينهما نصفين فيملك المضارب ثلاثين ، ولرب المال ثلاثون كما لو اقتسما العشرين ثم خلطاها ، ويفارق المغصوب والضال . فإن الملك فيه ثابت تام إنما حيل بينه وبينه بخلاف مسألتنا ، ومن أوجب الزكاة على المضارب فإنما يوجبها عليه إذا حال الحول من حين تبلغ حصته نصاباً بمفردها أو بضمها إلى ما عنده من جنس المال أو من الأثمان ، إلا على الرواية التى تقول : إن الشركة تأثيراً فى غير السائمة ، وليس عليه إخراجها قبل القسمة كالدين لا يجب الإخراج منه قبل قبضه ، وإن أراد إخراجها منه قبل القسمة لم يجز . لأن الربح وقاية لرأس المال ، ويحتمل أن يجوز . لأنهما دخلا على حكم الإسلام ، ومن حكمه وجوب الزكاة وإخراجها من المال .

(فصل) وإذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه فى إخراج زكاته أو أذن رجلان غير شريكين كل واحد منهما للآخر فى إخراج زكاته فأخرج كل واحد منهما زكاته وزكاة صاحبه معاً فى حال واحدة ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه لأن كل واحد منهما انعزل من طريق الحكم عن الوكالة لإخراج من عليه الزكاة زكاته بنفسه ، ويحتمل أن لا يضمن إذا لم يعلم بإخراج صاحبه إذا قلنا إن الوكيل لا ينعزل قبل الحكم بعزل الموكل أو بموته ، ويحتمل أن لا يضمن وإن قلنا إنه ينعزل لأنه غره بتسليطه على الإخراج وأمره به ولم يعلمه بإخراجه فكان خطر التغرير عليه كما لو غره بحرية أمة . وهذا أحسن إن شاء الله تعالى . وعلى هذا

إن علم أحدهما دون الآخر . فعلى العالم الضمان دون الآخر . فأما إن أخرجها أحدهما قبل الآخر فعلى هذا الوجه لا ضمان على واحد منهما إذا لم يعلم ، وعلى الثانى الضمان دون الأول .

باب زكاة الدين والصدقة

الصدقة : هى الصداق وجمعها صدقات قال الله تعالى : (٤ : ٤ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وهى من جملة الديون وحكمها حكمها ، وإنما أفردها بالذكر لاشتهارها باسم خاص .

« مسألة » قال (وإذا كان معه مائتا درهم ، وعليه دين فلا زكاة عليه) .

وجملة ذلك : أن الدين يمنع وجوب الزكاة فى الأموال الباطنة رواية واحدة وهى الأثمان ، وعروض التجارة ، وبه قال عطاء ، وسليمان بن يسار ، وميمون بن مهران ؛ والحسن ، والنخعى ، والليث ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال ربيعة ، وحماد بن سليمان ، والشافعى فى جديد قوليه لا يمنع الزكاة ، لأنه حر مسلم ملك نصاباً حولا فوجبت عليه الزكاة كمن لا دين عليه .

ولنا : ما روى أبو عبيد فى الأموال : حدثنا إبراهيم بن سعد عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد قال : سمعت عثمان بن عفان يقول « هذا شهر زكاتكم . فمن كان عليه دين فليؤده حتى تخرجوا زكاة أموالكم » . وفى رواية « فمن كان عليه دين فليقض دينه وليزك بقية ماله » قال ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروه . فدل على اتفاقهم عليه . وروى أصحاب مالك عن عمير بن عمران عن شجاع عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا كان لرجل ألف درهم وعليه ألف درهم فلا زكاة عليه » وهذا نص ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها فى فقرائكم » فدل على أنها إنما تجب على الأغنياء ولا تدفع إلا إلى الفقراء . وهذا ممن يحل له أخذ الزكاة . فيكون

فقيراً فلا تجب عليه الزكاة . لأنها لا تجب إلا على الأغنياء للخبر ولقـوله عليه السلام « لا صدقة إلا عن ظهر غنى » ويخالف من لا دين له عليه ، فإنه غني يملك نصاباً ، يحقق هذا : أن الزكاة إنما وجبت مواساة للفقراء وشكراً لنعمة الغنى، والمدين محتاج إلى قضاء دينه كحاجة الفقير أو أشد . وليس من الحكمة تعطيل حاجة المالك لحاجة غيره ولا حصل له من الغنى ما يقتضي الشكر بالإخراج ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

(فصل) فأما الأموال الظاهرة وهي : السائمة ، والحبوب ، والثمار . فروى عن أحمد : أن الدين يمنع الزكاة أيضاً فيها لما ذكرناه في الأموال الباطنة . قال أحمد في رواية إسحق بن إبراهيم : يبتدىء بالدين فيقضيه ، ثم ينظر ما بقي عنده بعد إخراج النفقة فيزكي ما بقي . ولا يكون على أحد دينه أكثر من ماله صدقة في إبل أو بقر ، أو غنم ، أو زرع . ولا زكاة . وهذا قول عطاء والحسن وسليمان وميمون ابن مهران والنخعي والثوري والليث وإسحق ، لعموم ما ذكرنا وروى : أنه لا يمنع الزكاة فيها . وهو قول مالك والأوزاعي والشافعي . وروى عن أحمد أنه قال : قد اختلف ابن عمر وابن عباس . فقال ابن عمر « يخرج ما استدان أو أنفق على ثمرته وأهله ويزكي ما بقي » وقال الآخر « يخرج ما استدان على ثمرته ويزكي ما بقي » وإليه أذهب أن لا يزكي ما أنفق على ثمرته خاصة ويزكي ما بقي ، لأن المصدق إذا جاء فوجد إبلا ، أو بقراً ، أو غنما . لم يسأل أي شيء على صاحبها من الدين ؟ وليس المال هكذا . فعلى هذه الرواية : لا يمنع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة إلا في الزرع والثمار فيما استدانه للانفاق عليها خاصة . وهذا ظاهر قول الخرقي . لأنه قال في الخراج : يخرجه ثم يزكي ما بقي . جعله كالدين على الزرع . وقال في الماشية المرهونة : يؤدى منها إذا لم يكن له مال يؤدى عنها . فأوجب الزكاة فيها مع الدين . وقال أبو حنيفة : الدين الذي تتوجه فيه المطالبة يمنع في سائر الأموال إلا الزرع والثمار ، بناء منه على أن الواجب فيها ليس بصدقة . والفرق بين الأموال الظاهرة والباطنة : أن تعلق الزكاة بالظاهرة آكد لظهورها وتعلق قلوب الفقراء بها . ولهذا يشرع إرسال من يأخذ صدقتها من أربابها ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم « يبعث السعاة فيأخذون الصدقة من أربابها » وكذلك الخلفاء بعده . وعلى منعها قاتلهم

أبو بكر الصديق رضى الله عنه ، ولم يأت عنه أنهم استكرهوا أحداً على صدقة الصامت ولا طالبوه بها ، إلا أن يأتى بها طوعا ، ولأن السعاة يأخذون زكاة ما يجدون ، ولا يسألون عما على صاحبها من الدين . فدل على أنه لا يمنع زكاتها . ولأن تعلق أطماع الفقراء بها أكثر ، والحاجة إلى حفظها أوفر . فتكون الزكاة فيها أوكد .

(فصل) وإنما يمنع الدين الزكاة إذا كان يستغرق النصاب أو ينقصه ، ولا يجد ما يقضيه به سوى النصاب ، أو مالا يستغنى عنه مثل أن يكون له عشرون مثقالا ، وعليه مثقال أو أكثر أو أقل مما ينقص به النصاب إذا قضاه به ولا يجد قضاء له من غير النصاب ، فإن كان له ثلاثون مثقالا وعليه عشرة . فعليه زكاة العشرين ، وإن كان عليه أكثر من عشرة . فلا زكاة عليه ، وإن كان عليه خمسة . فعليه زكاة خمسة وعشرين ، ولو أن له مائة من الغنم ، وعليه ما يقابل ستين . فعليه زكاة الأربعين . فإن كان عليه ما يقابل إحدى وستين فلا زكاة عليه ، لأنه ينقص النصاب ، وإن كان له مالان من جنسين وعليه دين جعله فى مقابلة ما يقضى منه ، فلو كان له خمس من الإبل ومائتا درهم فإن كانت عليه سلماً أو دية ونحو ذلك مما يقضى بالإبل جعلت الدين فى مقابلتها ووجبت عليه زكاة الدراهم ، وإن كان أتلفها أو غصبها جعلت قيمتها فى مقابلة الدراهم . لأنها تقضى منها ، وإن كانت قرضاً خرج على الوجهين فيما يقضى منه . فإن كانت إذا جعلناها فى مقابلة أحد المالين فضلت منها فضلة تنقص النصاب الآخر . وإذا جعلناها فى مقابلة الآخر لم يفضل منها شىء كرجل له خمس من الإبل ومائتا درهم وعليه ست من الإبل قيمتها مائتا درهم . وإذا جعلناها فى مقابلة المائتين لم يفضل من الدين شىء نقص نصاب السائمة ، وإذا جعلناها فى مقابلة الإبل فضل منها بعير نقص نصاب الدراهم ، أو كانت بالعكس ، مثل أن يكون عليه مائتان وخمسون درهماً وله من الإبل خمس أو أكثر تساوى الدين أو تفضل عليه . جعلنا الدين فى مقابلة الإبل ها هنا . وفى مقابلة الدراهم فى الصورة الأولى ، لأن له من المال ما يقضى به الدين سوى النصاب ، وكذلك لو كان عليه مائة درهم وله مائتا درهم وتسع من الإبل ، فاذا جعلناها فى مقابلة الإبل لم ينقص نصابها ، لكون الأربع الزائدة عنه تساوى المائة وأكثر

منها ، وإن جعلناه فى مقابلة الدراهم سقطت الزكاة منها . فجعلناها فى مقابلة الابل ، كما ذكرنا فى التى قبلها . ولأن ذلك أحظ للفقراء . وذكر القاضى نحو هذا . فإنه قال . إذا كان النصابان زكويين ، جعلت الدين فى مقابلة ما الحظ للمساكين فى جعله فى مقابلته ، وإن كان من غير جنس الدين . فإن كان أحد المالين لا زكاة فيه والآخر فيه الزكاة ، كرجل عليه مائتا درهم ، وله مائتا درهم وعروض للقنية تساوى مائتين . فقال القاضى : يجعل الدين فى مقابلة العروض . وهذا مذهب مالك وأبى عبيد . قال أصحاب الشافعى : وهو مقتضى قوله . لأنه مالك لمائتين زائدة عن مبلغ دينه . فوجبت عليه زكاتها ، كما لو كان جميع ماله جنساً واحداً ، وظاهر كلام أحمد رحمه الله : أنه يجعل الدين فى مقابلة ما يقضى منه . فإنه قال فى رجل عنده ألف وعليه ألف وله عروض بألف : إن كانت العروض للتجارة زكاها ، وإن كانت لغير التجارة فليس عليه شىء . وهذا مذهب أبى حنيفة . ويحكى عن الليث بن سعد . لأن الدين يقضى من جنسه عند التشاح فجعل الدين فى مقابلته أولى كما لو كان النصابان زكويين ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد ها هنا على ما إذا كان العرض تتعلق به حاجته الأصلية ، ولم يكن فاضلا عن حاجته فلا يلزمه صرفه فى وفاء الدين . لأن الحاجة أهم ، ولذلك لم تجب الزكاه فى الحلى المعد للاستعمال ، ويكون قول القاضى محمولا على من كان العرض فاضلا عن حاجته . وهذا أحسن ، لانه فى هذه الحال مالك لنصاب فاضل عن حاجته وقضاء دينه . فلزمته زكاته كما لو لم يكن عليه دين . فأما إن كان عنده نصابان زكويان . وعليه دين من غير جنسهما ولا يقضى من أحدهما . فإنك تجعله فى مقابلة ما الحظ للمساكين فى جعله فى مقابلته .

(فصل) فأما دين الله كالكفارة والنذر . ففيه وجهان . أحدهما : يمنع الزكاة كدين الآدمى . لأنه دين يجب قضاؤه فهو كدين الآدمى . يدل عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم « دين الله أحق أن يقضى » والآخر ؛ لا يمنع . لأن الزكاة آكد منه لتعلقها بالعين ؛ فهو كأرش الجناية ويفارق دين الآدمى لتأكده وتوجه المطالبة به ، فإن نذر الصدقة بمعين . فقال : لله على أن أتصدق بهذه المائتى درهم إذا حال الحول . فقال ابن عقيل : يخرجها فى النذر ، ولا زكاة عليه . لأن النذر آكد

لتعلقه بالعين والزكاة مختلف فيها ، ويحتمل أن تلزمه زكاتها وتجزئه الصدقة بها . إلا أن ينوى الزكاة بقدرها . ويكون ذلك صدقة تجزئه عن الزكاة لكون الزكاة صدقة وسائرها يكون صدقة لنذره . وليس بزكاة . وإن نذر الصدقة ببعضها وكان ذلك البعض قدر الزكاة أو أكثر . فعلى هذا الاحتمال يخرج المنذور . وينوى الزكاة بقدرها منه . وعلى قول ابن عقيل : يحتمل أن تجب الزكاة عليه . لأن النذر إنما تعلق بالبعض بعد وجود سبب الزكاة وتمام شرطه ، فلا يمنع الوجوب لكون المحل متسعاً لها جميعاً . وإن كان المنذور أقل من قدر الزكاة . وجب قدر الزكاة ، ودخل النذر فيه فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يجب إخراجهما جميعاً .

(فصل) إذا قلنا : لا يمنع الدين وجوب الزكاة فى الأموال الظاهرة فحجر الحاكم عليه بعد وجوب الزكاة لم يملك إخراجها . لأنه قد انقطع تصرفه فى ماله . وإن أقر بها بعد الحجر لم يقبل إقراره وكانت عليه فى ذمته كدين الآدمى ، ويحتمل أن تسقط إذا حجر عليه قبل إمكان أدائها كما لو تلف ماله ، فإن أقر الغرماء بوجوب الزكاة عليه ، أو ثبت ببينة ، أو كان قد أقر بها قبل الحجر عليه وجب إخراجها من المال ، فإن لم يخرجوها فعليهم إثمها .

(فصل) وإذا جنى العبد المعد للتجارة جناية تعلق أرشها برقبته منع وجوب الزكاة فيه . إن كان ينقص النصاب . لأنه دين ، وإن لم ينقص النصاب منع الزكاة فى قدر ما يقابل الأرش .

« مسألة » قال : (وإذا كان له دين على ملىء فليس عليه زكاة حتى يقبضه ويؤدى لما مضى)

وجملة ذلك : أن الدين على ضربين : أحدهما دين على معترف به باذل له فعلى صاحبه زكاته إلا أنه لا يلزمه إخراجها حتى يقبضه فيؤدى لما مضى ، روى ذلك عن على رضى الله عنه . وبهذا قال الثورى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال عثمان ، وابن عمر . وجابر رضى الله عنهم ، وطاوس ، والنخعى ، وجابر بن زيد ، والحسن ، وميمون بن مهران ، والزهرى ، وقتادة ، وحماد بن أبى سليمان ، والشافعى ، وإسحاق وأبو عبيد : عليه إخراج الزكاة فى الحال وإن لم يقبضه . لأنه

قادر على أخذه والتصرف فيه . فلزمه إخراج زكاته كالوديعة . وقال عكرمة : ليس فى الدين زكاة ، وروى ذلك عن عائشة وابن عمر رضى الله عنهم . لأنه غير نام فلم تجب زكاته كعروض القنية .

وروى عن سعيد بن المسيب ، وعطاء بن أبى رباح ، وعطاء الخراسانى ، وأبى الزناد : يزكيه إذا قبضه لسنة واحدة .

ولنا أنه دين ثابت فى الذمة فلم يلزمه الإخراج قبل قبضه ، كما لو كان على معسر ؛ ولأن الزكاة تجب على طريق المواساة ، وليس من المواساة أن يخرج زكاة مال لا ينتفع به ، وأما الوديعة : فهى بمنزلة ما فى يده . لأن المستودع نائب عنه فى حفظه ويده كيده ، وإنما يزكيه لما مضى . لأنه مملوك له يقدر على الانتفاع به فلزمته زكاته كسائر أمواله .

الضرب الثانى : أن يكون على معسر أو جاحد . أو مماطل به . فهذا هل تجب فيه الزكاة على روايتين ، إحداهما : لا تجب ، وهو قول قتادة وإسحق ، وأبى ثور . وأهل العراق . لأنه غير مقدور على الانتفاع به أشبه مال المكاتب . والرواية الثانية : يزكيه إذا قبضه لما مضى . وهو قول الثورى . وأبى عبيد لما روى عن على رضى الله عنه فى الدين المظنون ، قال : إن كان صادقاً فليزكه إذا قبضه لما مضى » وروى نحوه عن ابن عباس . رواهما أبو عبيد ، ولأنه مملوك يجوز التصرف فيه فوجبت زكاته ، لما مضى كالدين على الملىء ، وللشافعى قولان كالروايتين ، وعن عمر بن عبد العزيز ، والحسن والليث ، والأوزاعى ومالك يزكيه إذا قبضه لعام واحد .

ولنا : أن هذا المال فى جميع الأحوال على حال واحد فوجب أن يتساوى فى وجوب الزكاة أو سقوطها كسائر الأموال ؛ ولا فرق بين كون الغريم يجحده فى الظاهر دون الباطن أو فيهما .

(فصل) وظاهر كلام أحمد : أنه لا فرق بين الحال والمؤجل . لأن البراءة تصح من المؤجل ، ولولا أنه مملوك لم تصح البراءة منه لكن يكون فى حكم الدين على المعسر . لأنه يمكن قبضه فى الحال .

(فصل) ولو أجر داره سنتين بأربعين ديناراً ملك الأجرة من حين العقد . وعليه زكاة جميعها إذا حال عليه الحول . لأن ملك المكرى عليه تام بدليل جواز التصرف فيها بأنواع التصرفات ، ولو كانت جارية كان له وطؤها وكونها بعرض الرجوع لانفساخ العقد ، لا يمنع وجوب الزكاة كالصداق قبل الدخول ، ثم إن كان قد قبض الأجرة أخرج الزكاة منها ، وإن كانت ديناً فهى كالدين ، معجلا كان أو مؤجلا . وقال مالك وأبو حنيفه : لا يزكيها حتى يقبضها ويحول عليه الحول بناء على أن الأجرة لا تستحق بالعقد . وإنما تستحق بانقضاء مدة الإجارة . وهذا يذكر فى موضعه إن شاء الله تعالى ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى : فيمن قبض من أجر عقار نصاباً يزكيه فى الحال ، وقد ذكرناه فى غير هذا الموضع ، وحملناه على أنه حال عليه الحول قبل قبضه .

(فصل) ولو اشترى شيئاً بعشرين ديناراً ، أو أسلم نصاباً فى شىء فحال الحول قبل أن يقبض المشترى المبيع ، أو يقبض المسلم فيه والعقد باق فعلى البائع والمسلم إليه : زكاة الثمن ، لان ملكه ثابت فيه فإن انفسخ العقد لتلف المبيع ، أو تعذر المسلم فيه وجب رد الثمن وزكاته على البائع .

(فصل) والغنيمة يملك الغانمون أربعة أخماسها بانقضاء الحرب ، فإن كانت جنساً واحداً تجب فيه الزكاة ، كالأثمان والسائمة ونصيب كل واحد منهم منها نصاب فعليه زكاته إذا انقضى الحول ، ولا يلزمه إخراج زكاته قبل قبضه لما ذكرنا فى الدين على الملىء ، وإذا كان دون النصاب فلا زكاة فيه إلا أن تكون سائمة أربعة أخماسها تبلغ النصاب فتكون خلطة ولا تضم إلى الخمس . لأنه لا زكاة فيه ، فإن كانت الغنيمة أجناساً كإبل وبقر وغنم . فلا زكاة على واحد منهم . لأن للإمام أن يقسم بينهم قسمة بحكم فيعطى كل واحد منهم من أى أصناف المال شاء فما تم ملكه على شىء معين بخلاف الميراث .

« مسألة » قال : (وإذا غصب مالا زكاه إذا قبضه لما مضى فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله والرواية الأخرى . قال : ليس هو كالدين الذى متى قبضه زكاه ، وأحب إلى أن يزكيه) .

« قوله إذا غصب مالا » أى إذا غصب الرجل مالا فالمفعول الأول المرفوع مستتر فى الفعل والمال هو المفعول الثانى فكذلك نصيبه ، وفى بعض النسخ « وإذا غصب ماله » وكلاهما صحيح والحكم فى المغصوب والمسروق والمجحود والضال واحد ، وفى جميعه روايتان : إحداهما : لازكاة فيه . نقلها الأثرم والميمونى . ومتى عاد صار كالمستفاد يستقبل به حولا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى قديم قوليه ، لأنه مال خرج عن يده وتصرفه وصار ممنوعاً منه فلم يلزمه زكاته كمال المكاتب . والثانية : عليه زكاته . لأن ملكه عليه تام فلزمته زكاته كما لو نسى عند من أودعه ، أو كما لو أسر ، أو حبس ، وحيل بينه وبين ماله ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه إخراج زكاته قبل قبضه . وقال مالك : إذا قبضه زكاه لحول واحد ، لأنه كان فى ابتداء الحول فى يده ، ثم حصل بعد ذلك فى يده فوجب أن لا تسقط الزكاه عن حول واحد ، وليس هذا بصحيح . لأن المانع من وجوب الزكاة إذا وجد فى بعض الحول يمنع كنقص النصاب .

(فصل) وإن كان المغصوب سائمة معلوفة عند صاحبها وغاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط ، وإن كانت سائمة عندهما ففيها الزكاة على الرواية التى تقول بوجوبها فى المغصوب . وإن كانت معلوفة عند صاحبها سائمة عند غاصبها ففيها وجهان : أحدهما : لا زكاة عليه . لأن صاحبها لم يرض بإسامتها فلم تجب عليه الزكاة بفعل الغاصب كما لو رعت من غير أن يسيمها ، والثانى : عليه الزكاة ، لأن السوم ، يوجب الزكاة من المالك فأوجبها من الغاصب كما لو كانت سائمة عندهما ، وكما لو غصب بذراً فزرعه وجب العشر فيما خرج منه ، وإن كانت سائمة عند مالكها معلوفة عند غاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط . وقال القاضى : فيه وجه آخر أن الزكاة تجب فيها ، لأن العلف محرم فلم يؤثر فى الزكاة كما لو غصب أثماناً فصاغها حلياً لم تسقط الزكاة عنها بصياغته . قال أبو الحسن الآمدى : هذا هو الصحيح . لأن العلف إنما أسقط الزكاة لما فيه من المؤنة وههنا لا مؤنة عليه .

ولنا ؛ أن السوم شرط لوجوب الزكاة ولم يوجد فلم تجب الزكاة كنقص النصاب والملك وقوله : إن العلف محرم ، غير صحيح ، وإنما المحرم الغصب ، وإنما العلف تصرف منه فى ماله بإطعامها إياه . ولا تحريم فيه ، ولهذا لو علفها عند مالكها

لم يحرم عليه . وما ذكره الآمدى من خفة المؤنة غير صحيح ، فإن الخفة لا تعتبر بنفسها وإنما تعتبر بمظنتها ، وهى السوم ، ثم يبطل ما ذكراه بما إذا كانت معلوفة عندهما جميعاً ، ويبطل ما ذكره القاضى بما إذا علفها مالكها علفاً محرماً أو أتلف شاة من النصاب . فإنه محرم وتسقط به الزكاة . وأما إذا غصب ذهباً فصاغه حلياً فلا يشبه ما اختلفنا فيه ، فإن العلف فات به شرط الوجوب ، والصياغة لم يفت بها شيء وإنما اختلف فى كونها مسقطة بشرط كونها مباحة ، فإذا كانت محرمة لم يوجد شرط الإسقاط . ولأن المالك لو علفها علفاً محرماً لسقطت الزكاة ، ولو صاغها صياغة محرمة ، لم تسقط فافترقا ، ولو غصب حلياً مباحاً فكسره ، أو ضربه دراهم . أو دنانير وجبت فيه الزكاة ، لأن المسقط للزكاة زال ، فوجبت الزكاة ، ويحتمل أن لا تجب كما لو غصب معلوفة فأسامها ، ولو غصب عرضاً فاتجر فيها لم تجب فيها الزكاة . لأن نية التجارة شرط ولم توجد من المالك ، وسواء كانت للتجارة عند مالكها أو لم تكن . لأن بقاء النية شرط. ولم ينو التجارة بها عند الغاصب ، ويحتمل أن تجب الزكاة إذا كانت للتجارة عند مالكها واستدام النية ، لأنها لم تخرج عن ملكه بغصبها ، وإن نوى بها الغاصب القنية ؛ وكل موضع أوجبنا الزكاة . فعلى الغاصب ضمانها . لأنه نقص حصل فى يده فوجب عليه ضمانه كتلفه .

(فصل) إذا ضلت واحدة من النصاب . أو أكثر أو غصبت فنقص النصاب . فالحكم فيه كما لو ضل جميعه أو غصب ؛ لكن إن قلنا بوجوب الزكاة فعليه الإخراج عن الموجود عنده ؛ وإذا رجع الضال أو المغصوب أخرج عنه كما لو رجع جميعه .

(فصل) وإن أسر المالك لم تسقط عنه الزكاة سواء حيل بينه وبين ماله ؛ أو لم يحل لأن تصرفه فى ماله نافذ يصح بيعه . وهبته ، وتوكيله فيه .

(فصل) وإن ارتد قبل مضى الحول وحال الحول وهو مرتد ، فلا زكاة عليه . نص عليه لأن الإسلام شرط لوجوب الزكاة فعدمه فى بعض الحول يسقط الزكاة كالملك والنصاب ، وإن رجع إلى الاسلام قبل مضى الحول استأنف حولا لما ذكرنا . قال أحمد : إذا أسلم المرتد ، وقد حال على ماله الحول . فإن المال له

ولا يزكيه حتى يستأنف به الحول ، لأنه كان ممنوعاً منه ، فأما إن ارتد بعد الحول لم تسقط الزكاة عنه ؛ وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة تسقط . لأن من شرطها النية فسقطت بالردة كالصلاة .

ولنا : أنه حق مال فلا يسقط بالردة كالدين ؛ وأما الصلاة فلا تسقط أيضاً ؛ لكن لا يطالب بفعلها . لأنها لا تصح منه ، ولا تدخلها النيابة . فإذا عاد وجبت عليه ؛ والزكاه تدخلها النيابة ؛ ولا تسقط بالردة كالدين . ويأخذها الامام من الممتنع ؛ وكذا ههنا يأخذها الامام من ماله كما يأخذها من المسلم الممتنع ؛ فإن أسلم بعد أخذها . لم يلزمه أداؤها ، لأنها سقطت عنه بأخذها كما تسقط بأخذها من المسلم الممتنع ، ويحتمل أن لا تسقط ؛ لأن الزكاة عبادة فلا تحصل من غير نية ، وأصل هذا ما لو أخذها الامام من المسلم الممتنع ، وقد ذكر فى غير هذا ؛ وإن أخذها غير الامام أو نائبه لم تسقط عنه . لأنه لا ولاية له عليه فلا يقوم مقامه بخلاف نائب الامام ، وإن أداها فى حال ردته لم تجزه . لأنه كافر فلا تصح منه كالصلاة .

« مسألة » قال (واللقطة إذا صارت بعد الحول كسائر مال الملتقط استقبل بها حولا ثم زكاها فإن جاء ربها زكاها للحول الذى كان الملتقط ممنوعاً منها) .

ظاهر المذهب : أن اللقطة تملك بمضى حول التعريف ، واختار أبو الخطاب . أنه لا يملكها حتى يختار . وهو مذهب الشافعى . ويذكر فى موضعه إن شاء الله تعالى ، ومتى ملكها استأنف حولا ، فإذا مضى وجبت عليه زكاتها ، وحكى القاضى فى موضع أنه إذا ملكها وجب عليه مثلها إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن لم تكن مثلية ، وهذا مذهب الشافعى : ويذكر فى موضعه إن شاء الله تعالى . ومقتضى هذا أن لا تجب عليه زكاتها . لأنه دين فمنع الزكاة كسائر الديون . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا تجب الزكاة فيها لمعنى آخر ، وهو أن ملكه غير مستقر عليها ، ولصاحبها أخذها منه متى وجدها . والمذهب ما ذكره الخرقى ، وما ذكره القاضى : يفضى إلى ثبوت معاوضة فى حق من لا ولاية عليه بغير فعله ، ولا اختياره ويقتضى ذلك أن يمنع الدين الذى عليه الميراث والوصية . كسائر الديون والأمر بخلافه ، وما ذكره

ابن عقيل : يبطل بما وهبه الأب لولده وبنصف الصداق فإن لها استرجاعه ، ولا يمنع وجوب الزكاة فأما ربها إذا جاء فأخذها . فذكر الخرقى : أنه يزكيها للحول الذى كان الملتقط ممنوعا منها ، وهو حول التعريف . وقد ذكرنا فى الضال روايتين وهذا من جملته ، وعلى مقتضى قول الخرقى : أن الملتقط لو لم يملكها مثل من لم يعرفها . فإنه لا زكاة على ملتقطها ، وإذا جاء ربها زكاها للزمان كله ، وإنما تجب عليه زكاتها إذا كانت ماشية بشرط كونها سائمة عند الملتقط ، فإن علفها فلا زكاة عليه على ما ذكرنا فى المغصوب .

« مسألة » قال (والمرأة إذا قبضت صداقها زكته لما مضى) .

وجملة ذلك : أن الصداق فى الذمة دين للمرأة حكمه حكم الديون على ما مضى ، إن كان على ملىء به فالزكاة واجبة فيه إذا قبضته أدت لما مضى ، وإن كان على معسر أو جاحد فعلى الروايتين ، واختار الخرقى وجوب الزكاة فيه ، ولا فرق بين ما قبل الدخول أو بعده . لأنه دين فى الذمة فهو كثمن مبيعها فإن سقط نصفه بطلاقها قبل الدخول ، وأخذت النصف فعليها زكاة ما قبضته دون ما لم تقبضه . لأنه دين لم تتعوض عنه ، ولم تقبضه فأشبه ما تعذر قبضه لفلس أو جحد ، وكذلك لو سقط كل الصداق قبل قبضه لانفساخ النكاح بأمر من جهتها فليس عليها زكاته لما ذكرنا ، وكذلك القول فى كل دين يسقط قبل قبضه من غير إسقاط صاحبه ، أو يئس صاحبه من استيفائه ، والمال الضال : إذا يئس منه . فلا زكاة على صاحبه ، فإن الزكاة مواساة فلا تلزم المواساة إلا عما حصل له ، وإن كان الصداق نصاباً فحال عليه الحول ثم سقط نصفه وقبضت النصف فعليها زكاة النصف المقبوض ، لأن الزكاة وجبت فيه ثم سقطت من نصفه لمعنى اختص به فاختص السقوط به ، وإن مضى عليه حول قبل قبضه ثم قبضته كله زكته لذلك الحول ، وإن مضت عليه أحوال قبل قبضه ثم قبضته زكته لما مضى كله ما لم ينقص عن النصاب . وقال أبو حنيفة : لا تجب عليها الزكاة ما لم تقبضه . لأنه بدل عما ليس بمال فلا تجب الزكاة فيه قبل قبضه كدين الكتابة .

ولنا : أنه دين يستحق قبضه ويجبر المدين على أدائه فوجبت فيه الزكاة كثمن

المبيع ويفارق دين الكتابة فإنه لا يستحق قبضه ، وللمكاتب الامتناع من أدائه ، ولا يصح قياسهم عليه فإنه عوض عن مال .

(فصل) فإن قبضت صداقها قبل الدخول ومضى عليه حول فزكته ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع فيها بنصفه وكانت الزكاة من النصف الباقى لها . وقال الشافعى فى أحد أقواله : يرجع الزوج بنصف الموجود ونصف قيمة المخرج . لأنه لو تلف الكل رجع عليها بنصف قيمته فكذلك إذا تلف البعض .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٢٣٧ فنصف ما فرضتم) ولأنه يمكنه الرجوع فى العين فلم يكن له الرجوع إلى القيمة كما لو لم يتلف منه شىء ، ويخرج على هذا ما لو تلف كله فإنه ما أمكنه الرجوع فى العين ، وإن طلقها بعد الحول قبل الإخراج لم يكن له الإخراج من النصاب . لأن حق الزوج تعلق به على وجه الشركة ، والزكاة لم تتعلق به على وجه الشركة لكن تخرج الزكاة من غيره أو يقسمانه ثم تخرج الزكاة من حصتها ، فان طلقها قبل الحول ملك النصف مشاعا ، وكان حكم ذلك كما لو باع نصفه قبل الحول مشاعا ، وقد بينا حكمه .

(فصل) فإن كان الصداق دينـاً فأبرأت الزوج منه بعد مضى الحول ففيه روايتان . إحداهما : عليها الزكاة . لأنها تصرفت فيه فأشبه ما لو قبضته ، والرواية الثانية : زكاته على الزوج . لأنه ملك ما ملك عليه فكأنه لم يزل ملكه عنه،والأول : أصح ، وما ذكرنا لهذه الرواية لا يصح . لأن الزوج لم يملك شيئاً وإنما سقط الدين عنه ، ثم لو ملك فى الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة ما مضى ، ويحتمل أن لا تجب الزكاة على واحد منهما لما ذكرنا فى الزوج ، والمرأه لم تقبض الدين فلم تلزمها زكاته كما لو سقط بغير إسقاطها ، وهذا إذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة إذا قبضه . فأما إن كان مما لا زكاة فيه فلا زكاة عليها بحال .

وكل دين على إنسان أبرأه صاحبه منه بعد مضى الحول عليه فحكمه حكم الصداق فيما ذكرنا . قال أحمد : إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها ، وقد مضى له عشر سنين، فان زكاته على المرأة . لأن المال كان لها ، وإذا وهب رجل لرجل مالا فحال الحول ثم ارتجعه الواهب فليس له أن يرتجعه ، فإن ارتجعه فالزكاة على الذى كان عنده ، وقال فى رجل باع شريكه نصيبه من داره فلم يعطه شيئاً ، فلما كان بعد سنة قال :

ليس عندى دراهم فأقلنى فأقاله قال : عليه أن يزكى لأنه قد ملكه حولا .

« مسألة » قال (والماشية إذا بيعت بالخيار فلم ينقض الخيار حتى ردت استقبل بها البائع حولا سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى . لأنه تجديد ملك) .

ظاهر المذهب : أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشترى عقيبه ، ولا يقف على انقضاء الخيار سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وعن أحمد : أنه لا ينتقل حتى ينقضى الخيار ، وهو قول مالك . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل إن كان للبائع ، وإن كان للمشترى خرج عن البائع ولم يدخل فى ملك المشترى . وعن الشافعى ثلاثة أقوال : قولان كالروايتين ، وقول ثالث : أنه مراعى ، فإن فسخاه تبينا أنه لم ينتقل ، وإن أمضياه تبينا أنه انتقل .

ولنا : أنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كما لو لم يشترط الخيار ، فإن كان المال زكائيا انقطع الحول ببيعه لزوال ملكه عنه ، فإن استرده أو رد عليه استأنف حولا . لأنه ملك متجدد حدث بعد زواله فوجب أن يستأنف له حولا كما لو كان البيع مطلقاً من غير خيار ، وهكذا الحكم لو فسخا البيع فى مدة المجلس بخياره لا يمنع نقل الملك أيضاً . فهو كخيار الشرط ، ولو مضى الحول فى مدة الخيار ثم فسخا البيع كانت زكاته على المشترى لأنه ملكه ، وإن قلنا بالرواية الأخرى لم ينقطع الحول ببيعه . لأن ملك البائع لم يزل عنه . ولو حال الحول عليه فى مدة الخيار كانت زكاته على البائع ، فإن أخرجها من غيره فالبيع بحاله ، وإن أخرجها منه بطل البيع فى المخرج ، وهل يبطل فى الباقى ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وإن لم يخرجها حتى سلمه إلى المشترى وانقضت مدة الخيار لزم البيع فيه . وكان عليه الإخراج من غيره كما لو باع ما وجبت الزكاة فيه ، ولو اشترى عبداً فهل هلال شوال ففطرته على المشترى ، وإن كان فى مدة الخيار . لأنه ملكه ، وعلى الروايه الأخرى : هى على البائع إن كان فى مدة الخيار . لأنه ملكه ، ولأنه فى مدة الخيار .

باب صدقة الفطر

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن صدقة الفطر فرض : وقال إسحاق : هو كالاجماع من أهل العلم ؛ وزعم ابن عبد البر أن بعض المتأخرين من أصحاب مالك وداود يقولون : هى سنة مؤكدة ؛ وسائر العلماء على أنها واجبة لما روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعاً من تمر . أو صاعاً من أقط . أو صاعا من شعير على كل حر وعبد ذكر وأنثى من المسلمين » متفق عليه . وللبخارى : والصغير والكبير من المسلمين . وعنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة » وعن أبى سعيد الخدرى قال : « كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام . أو صاعا من شعير . أو صاعاً من تمر . أو صاعا من أقط . أو صاعاً من زبيب » متفق عليهما . قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز فى قوله تعالى (٨٧ : ١٤ قد أفلح من تزكى) هو زكاة الفطر ، وأضيفت هذه الزكاة إلى الفطر . لأنها تجب بالفطر من رمضان . وقال ابن قتيبة : وقيل لها : فطرة . لأن الفطرة الخلقة . قال الله تعالى (٣٠ : ٣٠ فطرة الله التى فطر الناس عليها) أى جبلته التى جبل الناس عليها . وهذه يراد بها الصدقة عن البدن والنفس . كما كانت الأولى صدقة عن المال . وقال بعض أصحابنا : وهل تسمى فرضاً مع القول بوجوبها ، على روايتين ؟ والصحيح : أنها فرض لقول ابن عمر : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر . ولإجماع العلماء على أنها فرض ، لأن الفرض إن كان الواجب فهى واجبة ، وإن كان الواجب المتأكد فهى متأكدة مجمع عليها .

« مسألة » قال (وزكاة الفطر على كل حر وعبد ذكر وأنثى من المسلمين)

وجملته : أن زكاة الفطر تجب على كل مسلم من الصغير والكبير ، والذكورية والأنوثية ، فى قول أهل العلم عامة ، وتجب على اليتيم ، ويخرج عنه وليه من ماله لا نعلم أحداً خالف فى هذا إلا محمد بن الحسن قال : ليس فى مال الصغير من

المسلمين صدقة . وقال الحسن والشعبي : صدقة الفطر على من صام من الأحرار وعلى الرقيق ، وعموم قوله فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على كل حر وعبد والذكر والأنثى ، والصغير والكبير من المسلمين يقتضي وجوبها على اليتيم ، ولأنه مسلم فوجبت فطرته كما لو كان له أب .

(فصل) ولا تجب على كافر حراً كان أو عبداً ، ولا نعلم بينهم خلافا فى الحر البالغ . وقال إمامنا ومالك والشافعى وأبو ثور : لا تجب على العبد أيضاً ولا على الصغير . ويروى عن عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ومجاهد . وسعيد بن جبير ، والنخعى . والثورى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى : أن على السيد المسلم أن يخرج الفطرة عن عبده الذمى . وقال أبو حنيفه : يخرج عن ابنه الصغير إذا ارتد .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أدوا عن كل حر وعبد ، صغير أو كبير ، يهودى أو نصرانى ، أو مجوسى نصف صاع من بر » ولأن كل زكاة وجبت بسبب عبده المسلم ، وجبت بسبب عبده الكافر كزكاة التجارة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر « من المسلمين » وروى أبو داود عن ابن عباس قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث . وطعمة للمساكين . من أداها قبل الصلاة فهى زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد الصلاة . فهى صدقة من الصدقات » إسناده حسن وحديثهم لا نعرفه . ولم يذكره أصحاب الدواوين وجامعو السنن ، وهذا قول ابن عباس يخالفه . وهو راوى حديثهم ، وزكاة التجارة تجب عن القيمة . ولذلك تجب فى سائر الحيوانات ، وسائر الأموال ، وهذه طهرة للبدن ، ولهذا اختص بها الآدميون بخلاف زكاة التجارة .

(فصل) فإن كان لكافر عبد مسلم ، وهل هلال شوال وهو فى ملكه ، فحكى عن أحمد : أن على الكافر إخراج صدقة الفطر عنه . واختاره القاضى . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا تجب وهذا قول أكثرهم قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن لا صدقة على الذمى فى عبده المسلم لقوله عليه السلام « من المسلمين » ولأنه كافر فلا تجب عليه الفطرة كسائر الكفار . لأن الفطرة زكاة فلا تجب على الكافر كزكاة المال . ولنا : أن العبد من أهل الطهرة . فوجب

أن تؤدى عنه الفطرة كما لو كان سيده مسلماً ، وقوله « من المسلمين » يحتمل أن يراد به المؤدى عنه بدليل أنه لو كان للمسلم عبد كافر لم يجب فطرته ، ولأنه ذكر فى الحديث « كل عبد وصغير » وهـذا يدل على أنه أراد المؤدى عنه لا المؤدى ، ولأصحاب الشافعى فى هذا وجهان كالمذهبين .

« مسألة » قال (صاعا بصاع النبى صلى الله عليه وسلم ، وهو خمسة أرطال وثلث)

وجملته : أن الواجب فى صدقة الفطر صاع عن كل إنسان ، لايجزىء أقل من ذلك من جميع أجناس المخرج ؛ وبه قال مالك والشافعى وإسحاق ، وروى ذلك عن أبى سعيد الخدرى والحسن وأبى العالية وروى عن عثمان بن عفان . وابن الزبير ، ومعاوية أنه يجزىء نصف صاع من البر خاصة ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وعمر بن عبد العزيز ، وعروة بن الزبير . وأبى سلمة ابن عبد الرحمن ، وسعيد بن جبير ، وأصحاب الرأى ، واختلفت الرواية عن على وابن عباس والشعبى فروى صاع . وروى نصف صاع . وعن أبى حنيفة فى الزبيب روايتان : إحداهما : صاع ، والأخرى : نصف صاع ، واحتجوا بما روى ثعلبة ابن صعير عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « صاع من قمح بين كل اثنين » رواه أبو داود .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث منادياً فى فجاج مكة ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أو أنثى . حر أوعبد ، صغير أم كبير ، مدان من قمح أو سواها صاعا من طعام » . قال الترمذى هذا حديث صحيح حسن غريب . وقال سعيد : حدثنا هشيم عن عبد الخالق الشيبانى : قال : سمعت سـعيد بن المسيب يقول : كانت الصدقة تدفع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر نصف صاع بر . وقال هشيم : أخبرنى سفيان بن حسين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ذكر صدقة الفطر وحض عليها وقال « نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير عن كل حر وعبد ، ذكر وأنثى » .

ولنا : ما روى أبو سعيد الخدرى قال : كنا نخرج زكاة الفطر إذ كان فينا

رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام ، أو صاعا من شعير ، أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب ، أو صاعا من أقط ، فلم نزل نخرجه حتى قدم معاوية المدينة فتكلم فكان مما كلم الناس أنى لأرى مدين من سمراء الشام تعدل صاعا من تمر . فأخذ الناس بذلك . قال أبو سعيد : فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه . وروى ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر صاعا من تمر ، أو صاعا من شعير فعدل الناس إلى نصف صاع من بر » متفق عليهما ، ولأنه جنس يخرج في صدقة الفطر فكان قدره صاعا كسائر الأجناس . وأحاديثهم لا تثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم . قاله ابن المنذر ، وحديث ثعلبة تفرد به النعمان بن راشد . قال البخارى : هويهم كثيراً وهو صدوق في الأصل . وقال مهنا : ذكرت لأحمد حديث ثعلبة بن أبي صعير في صدقة الفطر نصف صاع من بر . فقال : ليس بصحيح إنما هو مرسل يرويه معمر بن جريج عن الزهرى مرسلا ، قلت من قبل من هذا ؟ قال : من قبل النعمان بن راشد ليس هو بقوى في الحديث وضعف حديث ابن أبي صعير ، وسألته عن ابن أبي صعير أمعروف هو ؟ قال من يعرف ابن أبي صعير؟ ليس هومعروف ، وذكر أحمد وعلى بن المديني . ابن أبي صعير فضعفاه جميعاً . وقال ابن عبد البر : ليس دون الزهرى من يقوم به حجـــة . ورواه أبو إسحاق الجوزجانى : حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد عن النعمان عن الزهرى عن ثعلبة عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح — أو قال — بر عن كل إنسان صغير أو كبير » وهذا حجة لنا وإسناده حسن . قال الجوزجانى والنصف صاع ذكره عن النبي صلى الله عليه وسلم وروايته ليس تثبت ، ولأن فيما ذكرناه احتياطاً للفرض ومعاضدة للقياس .

(فصل) وقد دللنـــا على أن الصاع خمسة أرطال وثلث بالعراق فيما مضى ، والأصل فيه : الكيل ، وإنما قدره العلماء بالوزن ليحفظ وينقل . وقد روى جماعة عن أحمد أنه قال : الصاع وزنته فوجدته خمسة أرطال وثلثا حنطة . وقال حنبل قال أحمد : أخذت الصاع من أبي النضر . وقال أبو النضر : أخذته عن ابن أبي ذويب وقال : هذا صاع النبي صلى الله عليه وسلم الذى يعرف بالمدينة . قال أبو عبد الله : فأخذنا العدس فعيرنا به ، وهو أصلح ما وقفنا عليه يكال به . لأنه لا يتجافى عن

موضعه فكلنا به ، ثم وزناه فإذا هو خمسة أرطال وثلث . وقال هذا أصلح ماوقفنا عليه ، وما تبين لنــا من صاع النبي صلى الله عليه وسلم ، وإذا كان الصاع خمسة أرطال وثلثاً من البر والعدس وهما من أثقل الحبوب فما عداهما من أجناس الفطرة أخف منهما . فإذا أخرج منهما خمسة أرطال وثلثاً فهي أكثر من صاع . وقال محمد بن الحسن : إن أخرج خمسة أرطال وثلثاً براً لم يجزه . لأن البر يختلف فيكون فيه الثقيل والخفيف . وقال الطحاوي : يخرج خمسة أرطال مما سواء كيله ووزنه وهو الزبيب والماش ، ومقتضى كلامه أنه إذا أخرج ثمانية أرطال مما هو أثقل منها لم يجزئه حتى يزيد شيئاً يعلم أنه قد بلغ صاعا ، والأولى لمن أخرج من الثقيل بالوزن أن يحتاط فيزيد شيئاً يعلم به أنه لمن أخرج صاعا بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم مد وسبع ، والسبع أوقية وخمسة أسباع أوقية ، وقدر ذلك بالدراهم ستمائة درهم ويجزىء إخراج رطل بالدمشقي من جميع الأجناس . لأنه أكبر من الصاع ، وقد رأيت مداً ذكر لنا أنه مد النبي صلى الله عليه وسلم فقدر المد الدمشقي به فكان المد الدمشقي قريباً من خمسة أمداد .

« مسألة » قال (من كل حبة وثمرة تقتات) .

يعني عند عدم الأجناس المنصوص عليها يجزئه كل مقتات من الحبوب والثمار . وظاهر هذا : أنه لا يجزئه المقتات من غيرها كاللحم واللبن . وقال أبوبكر : يعطى ما قام مقام الأجناس المنصوص عليها عند عدمها . وقال ابن حامد يجزئه عند عدمها الإخراج مما يقتاته كالذرة والدخن ، ولحوم الحيتان والأنعام ، ولا يردون إلى أقرب قوت الأمصار .

« مسألة » قال (وإن أعطى أهل البادية الأقط صاعا أجزأ إذا كان قوتهم) .

أكثر هل العلم يوجبون صدقة الفطر على أهل البادية . روى ذلك عن ابن الزبير وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومالك ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وقال عطاء ، والزهري ، وربيعة : لا صدقة عليهم .

ولنا : عموم الحديث ، ولأنها زكاة فوجبت عليهم كزكاة المال ، ولأنهم

مسلمون فيجب عليهم صدقة الفطر كغيرهم . إذا ثبت هـــذا : فإنه يجزىء أهل البادية إخراج الأقط إذا كان قوتهم ، وكذلك من لم يجد من الأصناف المنصوص عليها سواه ، فأما من وجد سواه فهل يجزىء ؟ على روايتين : (إحداهما) يجزئه أيضاً لحديث أبي سعيد الذى ذكرناه ، وفى بعض ألفاظه قال « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر صاعا من طعام ، أو صاعا من شعير ، أو صاعا من تمر ، أو صاعا من أقط » أخرجه النسائى (والثانية) لا يجزئه . لأنه جنس لا تجب الزكاة فيه فلا يجزىء إخراجه لمن يقدر على غيره من الأجناس المنصوص عليها كاللحم ، ويحمل الحديث على من هو قوت له ، أو لم يقدر على غيره . فإن قدر على غيره مع كونه قوتا له . فظاهر كلام الخرقى : جواز إخراجه ، وإن قدر على غيره سواء كان من أهل البـــادية أو لم يكن . لأن الحديث لم يفرق ، وقول أبي سعيد : كنا نخرج صاعا من أقط وهم من أهل الأمصار ، وإنما خص أهل البادية بالذكر . لأن الغالب أنه لا يقتاته غيرهم . وقال أبو الخطاب : لا يجزىء إخراج الأقط مع القدرة على ما سواه فى إحدى الروايتين ، وظاهر الحديث يدل على خلافه ، وذكر القاضى أنه إذا عدم الأقط وقلنا له إخراجه جاز إخراج اللبن . لأنه أكمل من الأقط ، لأنه يجىء منه الاقط وغيره ، وحكاه أبو ثور عن الشافعى . وقال الحسن : إن لم يكن بر ولا شعير أخرج صاعا من لبن ، وظاهر قول الخرقى : يقتضى أنه لا يجزىء اللبن بحال لقوله : من كل حبة أو ثمرة تقتات ، وقد حملا ذلك على حالة العدم ، ولا يصح ما ذكروه ، لأنه لو كان أكمل من الأقط لجاز إخراجه مع وجوده ، ولأن الأقط أكمل من اللـــبن من وجه . لأنه بلغ حالة الإدخار ، وهو جامد بخلاف اللبن ، لكن يكون حكم اللبن حكم اللحم يجزىء إخراجه عند عدم الأصناف المنصوص عليها على قول ابن حامد ، ومن وافقه وكذلك الجبن وما أشبهه .

« مسألة » قال (واختيار أبي عبد الله إخراج التمر) .

وبهذا قال مالك . قال ابن المنذر . واستحب مالك إخراج العجوة منه ، واختار الشافعى وأبو عبيد : إخراج البر . وقال بعض أصحاب الشافعى : يحتمل أن

يكون الشافعى قال ذاك . لأن البر كان أغلى فى وقته ومكانه ، لأن المستحب أن يخرج أغلاها ثمناً وأنفسها لقول النبى صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن أفضل الرقاب فقال « أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها » وإنما اختار أحمد إخراج التمر اقتداء بأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واتباعا له .

وروى بإسناده عن أبى مجلز قال : قلت لابن عمر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله قد أوسع والبر أفضل من التمر » قال إن أصحابى سلكوا طريقاً وأنا أحب أن أسلكه . وظاهر هذا أن جماعة من الصحابة كانوا يخرجون التمر فأحب ابن عمر موافقتهم وسلوك طريقتهم ، وأحب أحمد أيضاً الاقتداء بهم واتباعهم .

وروى البخارى عن ابن عمر أنه قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر صاعا من تمر . أو صاعا من شعير » ، فعدل الناس به صاعا من بر ، وكان ابن عمر يخرج التمر فأعوز أهل المدينة من التمر فأعطى شعيراً ، ولأن التمر فيه قوة وحلاوة ، وهو أقرب تناولا ، وأقل كلفة فكان أولى .

(فـ ل) والأفضل بعد التمر البر . وقال بعض أصحابنا : الأفضل بعده الزبيب . لأنه أقرب تناولا وأقل كلفة فأشبه التمر ، ولنا أن البر أنفع فى الاقتيات ، وأبلغ فى دفع حاجة الفقير ، وكذلك قال أبو مجلز لابن عمر : البر أفضل من التمر ، يعنى أنفع وأكثر قيمة ولم ينكره ابن عمر ، وإنما عدل عنه اتباعاً لأصحابه وسلوكا لطريقتهم ، ولهذا عدل نصف صاع منه بصاع من غيره . وقال معاوية : إنى لأرى مدين من سمراء الشام يعدل صاعا من التمر فأخذ الناس به ، وتفضيل التمر إنما كان لاتباع الصحابة ففيما عداه يبقى على مقتضى الدليل فى تفضيل البر ، ويحتمل أن يكون الأفضل بعد التمر ما كان أعلى قيمة وأكثر نفعاً .

« مسألة » قال (ومن قدر على التمـــر ، أو الزبيب ، أو البر ، أو الشعير ، أو الأقط فأخرج غيره لم يجزه) .

ظاهر المذهب : أنه لا يجوز له العدول عن هذه الأصناف مع القدرة عليها سواء كان المعدول إليه قوت بلده أو لم يكن . وقال أبو بكر : يتوجه قول آخر

أنه يعطى ما قام مقام الخمسة على ظاهر الحديث صاعا من طعام ، والطعام قد يكون البر والشعير وما دخل فى الكيل ، قال وكلا القولين محتمل وأقيسهما أنه لا يجوز غير الخمسة إلا أن يعدمها فيعطى ما قام مقامها . وقال مالك : يخرج من غالب قوت البلد . وقال الشافعى : أى قوت كان الأغلب على الرجل أدى الرجل زكاة الفطر منه ، واختلف أصحابه . فمنهم من قال بقول مالك ، ومنهم من قال الاعتبار بغالب قوت المخرج ، ثم إن عدل عن الواجب إلى أعلا منه جاز ، وإن عدل إلى دونه ففيه قولان : أحدهما : يجوز لقوله عليه السلام « اغنوهم عن الطلب » والغنى يحصل بالقوت . والثانى : لا يجوز . لأنه عدل عن الواجب إلى أدنى منه فلم يجزئه كما لو عدل عن الواجب فى زكاة المال إلى أدنى منه .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر أجناساً معدودة فلم يجز العدول عنها كما لو أخرج القيمة ، وذلك . لأن ذكر الأجناس بعد ذكره الفرض تفسير للمفروض فما أضيف إلى المفسر يتعلق بالتفسير فتكون هذه الأجناس مفروضة فيتعين الإخراج منها ، ولأنه إذا أخرج غيرها عدل عن المنصوص عليه فلم يجز كإخراج القيمة ، وكما لو أخرج عن زكاة المال من غير جنسه ، والإغناء يحصل بالإخراج من المنصوص عليه فلا منافاة بين الخبرين لكونهما جميعاً يدلان على وجوب الإغناء بأداء أحد الأجناس المفروضة .

(فصل) والسلت نوع من الشعير فيجوز إخراجه لدخوله فى المنصوص عليه ، وقد صرح بذكره فى بعض ألفاظ حديث ابن عمر قال « كان الناس يخرجون صدقة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من شعير ، أو صاعا من أقط ، أو صاعا من سلت » وعن أبى سعيد قال : « لم نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا صاعا من تمر ، أو صاعا من شعير ، أو صاعاً من زبيب ، أو صاعا من دقيق ، أو صاعا من أقط ، أو صاعا من سلت . قال : ثم شك فيه سفيان بعد فقال : « دقيق أو سلت » . رواهما النسائى .

(فصل) ويجوز إخراج الدقيق نص عليه أحمد ، وكذلك السويق . قال أحمد : وقد روى عن ابن سيرين سـويق أو دقيق . وقال مالك والشافعى : لا يجزىء إخراجهما لحديث ابن عمر ، ولأن منافعه نقصت فهو كالخبز .

ولنا : حديث أبي سعيد وقوله فيه : أو صاعا من دقيـــق ، ولأن الدقيق والسويق أجزاء الحب بحتاً يمكن كيله وادخاره فجاز إخراجه كما قبل الطحن ، وذلك لأن الطحن إنما فرق أجزاءه وكفى الفقير مؤنته فأشبه ما لو نزع نوى التمر ثم أخرجه ، ويفارق الخبز والهريسة والكبولا . لأن مع أجزاء الحب فيها من غيره ، وقد خرج عن حال الإدخار والكيل ، والمأمور به صاع ، وهو مكيل . وحديث ابن عمر لم يقتض ما ذكروه ولم يعملوا به .

(فصل) ولا يجوز إخراج الخـــبز : لأنه خرج عن الكيل والإدخار(١) ولا الهريسة والكبولا وأشباههما لذلك ، ولا الخل ولا الدبس لأنهما ليسا قوتاً ؛ ولا يجوز أن يخرج حباً معيباً كالمسوس والمبلول ، ولا قديماً تغير طعمه لقول الله تعالى (٢ : ٢٦٧ ، ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) فإن كان القديم لم يتغير طعمه إلا أن الحديث أكثر قيمة منه جاز إخراجه لعدم العيب فيه ، والأفضل إخراج الأجود . قال أحمد : كان ابن سيرين يحب أن ينقى الطعام ، وهو أحب إلى ليكون على الكمال ، ويسلم مما يخالطه من غيره ، فإن كان المخالط له يأخذ حظاً من المكيال وكان كثيراً بحيث يعد عيباً فيه لم يجزئه ، وإن لم يكثر جاز إخراجه إذا زاد على الصاع قدراً يزيد على مافيه من غيره حتى يكون المخرج صاعا كاملا .

(فصل) ومن أى الأصناف المنصوص عليها أخرج جاز وإن لم يكن قوتاً له : وقال مالك : يخرج من غالب قوت البلد . وذكرنا قول الشافعي .

ولنا : أن خبر الصدقة ورد بحرف التخيير بين هـذه الأصناف فوجب التخيير فيه ، ولأنه عدل إلى منصوص عليه فجاز كما لو عدل إلى الأعلاء ، والغنى يحصل بدفع قوت من الأجناس ، ويدل على ماذكرنا أنه خير بين التمر والزبيب والأقط ، ولم يكن الزبيب والأقط قوتاً لأهل المدينة ، فدل على أنه لايعتبر أن يكون قوتاً للمخرج .

---

(١) فيه أن الكيل والادخار يظهر اعتباره فى زكاة الزرع دون الفطرة . لأن الفطرة لإغناء الفقراء عن الشحاذة يوم العيد والخبز والطبيخ أغنى لهم من الحبوب، والأنواع المنصوصة كانت معظم الأقوات المعروفة .

« مسألة » قال (ومن أعطى القيمة لم تجزئه) .

قال أبوداود : قيل لأحمد وأنا أسمع أعطى دراهم - يعنى فى صدقة الفطر - قال : أخاف أن لا يجزئه خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أبو طالب قال لى أحمد : لا يعطى قيمته ، قيل له : قوم يقولون عمر بن عبد العزيز كان يأخذ بالقيمة . قال يدعون قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقولون قال فلان ؟ قال ابن عمر « فرض رسول الله صلى عليه وسلم » وقال الله تعالى (٤ : ٥٩ أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) وقال : قوم يردون السنن قال فلان قال فلان ، وظاهر مذهبه : أنه لا يجزئه إخراج القيمة فى شىء من الزكوات ، وبه قال مالك والشافعى ، وقال الثورى ، وأبوحنيفة : يجوز ، وقد روى ذلك عن عمربن عبد العزيز والحسن ، وقد روى عن أحمد مثل قولهم فيما عدا الفطرة . وقال أبوداود : سئل أحمدعن رجل باع ثمرة نخله ؟ قال عشره على الذى باعه ، قيل له : فيخرج ثمراً أو ثمنه ؟ قال : إن شاء أخرج ثمراً ، وإن شاء أخرج من الثمن ، وهذا دليـــل على جواز إخراج القيم . ووجهه : قول معاذ لأهل اليمن « ائتونى بخميس أو لبيس آخذه منكم فإنه أيسر عليكم وأنفع للمهاجرين بالمدينة » وقال سعيد : حدثنا سفيان عن عمرو عن طاوس قال : « لما قدم معاذ اليمن قال : ائتونى بعرض ثياب آخذه منكم مكان الذرة والشعير . فإنه أهون عليكم وخير للمهاجرين بالمدينة » قال : وحدثنا جرير عن ليث عن عطاء قال : « كان عمر بن الخطاب يأخذ العروض فى الصدقة من الدراهم » ولأن المقصود دفع الحاجة ولا يختلف ذلك بعد اتحاد قدر المالية باختلاف صور الأموال .

ولنـا : قول ابن عمر « فرض رسول الله صلى الله عليه صدقة الفطر صاعا من تمر ، وصاعا من شعير » فإذا عدل عن ذلك فقد ترك المفروض . وقال النبى صلى الله عليه وسلم « فى أربعين شاة شاة ، وفى مائتى درهم خمسة دراهم » وهووارد بياناً لمجمل قوله تعالى (وآتوا الزكاة) فتكون الشاة المذكورة هى الزكاة المأمور بها ، والأمر يقتضى الوجوب ؛ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم فرض الصدقه على هذا الوجه وأمر بها أن تؤدى ، ففى كتاب أبى بكر الذى كتبه فى الصدقات أنه قال « هذه الصدقة التى فرضها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر بها أن تؤدى ، وكان فيه : فى خمس

وعشرين من الإبل بنت مخاض ، فإن لم تكن بنت مخاض فابن لبون ذكر »
وهذا يدل على أنه أراد عينهـــا لتسميته إياها وقوله « فإن لم تكن بنت مخاض
فابن لبون ذكر » ولو أراد المالية أو القيمة لم يجزئه . لأن خمساً وعشرين
لا تخلو عن مالية بنت مخاض ، وكذلك قوله « فابن لبون ذكر » فانه لو أراد
المالية للزمه مالية بنت مخاض دون مالية ابن لبون . وقد روى أبوداود وابن ماجه
بإسنادهما عن معاذ « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعثه إلى اليمن فقال :
خذ الحب من الحب ، والشاة من الغنم ، والبعير من الابل ، والبقرة من البقر ،
ولأن الزكاة وجبت لدفع حاجة الفقير وشكراً لنعمة المال ، والحاجات متنوعة .
فينبغى أن يتنوع الواجب ليصل إلى الفقير من كل نوع ما تندفع به حاجته ، ويحصل
شكر النعمة بالمواساة من جنس ما أنعم الله عليه به ، ولأن مخرج القيمة قد عدل
عن المنصوص فلم يجزئه كما لو أخرج الردىء مكان الجيد . وحديث معاذ الذى رووه
فى الجزية بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بتفريق الصدقة فى فقرائهم ولم
يأمره بحملها إلى المدينة — وفى حديثه هذا « فإنه أنفع للمهاجرين بالمدينة » .

« مسألة » قال (ويخرجها إذا خرج إلى المصلى) .

المستحب : إخراج صدقة الفطر يوم الفطر قبل الصلاة . لأن النبي صلى الله
عليه وسلم « أمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة » فى حديث ابن عمر ،
وفى حديث ابن عباس « من أداها قبل الصلاة فهى زكاة مقبولة ، ومن أداها بعد
الصلاة فهى صدقة من الصدقات » فإن أخرها عن الصلاة ترك الأفضل لما ذكرنا
من السنة ، ولأن المقصود منها الإغناء عن الطواف والطلب فى هذا اليوم فمتى أخرها
لم يحصل إغناؤهم فى جميعه لا سيما فى وقت الصلاة ، ومال إلى هذا القول : عطاء ،
ومالك ، وموسى بن وردان ، وإسحاق وأصحاب الرأى . وقال القاضى : إذا أخرجها
فى بقية اليوم لم يكن فعل مكروهاً لحصول الغنـــاء بها فى اليوم . قال سعيد - حدثنا
أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج
— وذكر الحديث — قال فكان يؤمر أن يخرج قبل أن يصلى ، فإذا انصرف
رسول الله صلى الله عليه وسلم قسمه بينهم وقال : « أغنوهم عن الطلب فى هذا اليوم »

وقد ذكرنا من الخبر والمعنى ما يقتضى الكراهة ، فإن أخرها عن يوم العيد أثم ولزمه القضاء . وحكى عن ابن سيرين ، والنخعى : الرخصة فى تأخيرها عن يوم العيد : وروى محمد بن يحيى الكحال قال : قلت لأبى عبد الله فإن أخرج الزكاة ولم يعطها ، قال نعم إذا أعدها لقوم ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، واتباع السنة أولى .

(فصل) فأما وقت الوجوب فهو وقت غروب الشمس من آخر يوم من رمضان فانها تجب بغروب الشمس من آخر شهر رمضان . فمن تزوج أو ملك عبداً أو ولد له ولد ، أو أسلم قبل غروب الشمس . فعليه الفطرة ، وإن كان بعد الغروب لم تلزمه ، ولو كان حين الوجوب معسراً ثم أيسر فى ليلته تلك أو فى يومه لم يجب عليه شيء . ولو كان فى وقت الوجوب موسراً ثم أعسر لم تسقط عنه اعتباراً بحالة الوجوب . ومن مات بعد غروب الشمس ليلة الفطر فعليه صدقة الفطر نص عليه أحمد . وبما ذكرنا فى وقت الوجوب قال الثورى ، وإسحاق ، ومالك ، فى إحدى الروايتين عنه والشافعى فى أحد قوليه . وقال الليث ، وأبو ثور وأصحاب الرأى : تجب بطلوع الفجر يوم العيد ، وهو رواية عن مالك . لأنها قربة تتعلق بالعيد فلم يتقدم وجوبها يوم العيد . وهو رواية عن مالك كالأضحية .

ولنا : قول ابن عباس ، أن النبى صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث ، ولأنها تضاف إلى الفطر ، فكانت واجبة به كزكاة المال ، وذلك لأن الإضافة دليل الاختصاص ، والسبب أخص بحكمه من غيره ، والأضحية لا تعلق لها بطلوع الفجر ؛ ولا هى واجبة ، ولا تشبه ما نحن فيه ، فعلى هذا إذا غربت الشمس والعبد المبيع فى مدة الخيار أو وهب له عبد فقبله ولم يقبضه ، أو اشتراه ولم يقبضه فالفطرة على المشترى والمتهب . لأن الملك له والفطرة على المالك ولو أوصى له بعبد ومات الموصى قبل غروب الشمس فلم يقبل الموصى له حتى غابت فالفطرة عليه فى أحد الوجهين ، والآخر : على ورثة الموصى بناء على الوجهين فى الموصى به هل ينتقل بالموت أو من حين القبول ؟ ولو مات ، فان كان موته بعد هلال شوال ففطرة العبد فى تركته . لأن الورثة إنما قبلوه له ، وإن كان

موته قبل هلال شوال ففطرته على الورثة ، ولو أوصى لرجل برقبة عبد وللآخر بمنفعته فقبلا كانت الفطرة على مالك الرقبة . لأن الفطرة تجب بالرقبة لا بالمنفعة . ولهذا تجب على من لا نفع فيه ، ويحتمل أن يكون حكمها حكم نفقته . وفيها ثلاثة أوجه : أحدها . أنها على مالك نفعه . والثانى : على مالك رقبته . والثالث : فى كسبه .

« مسألة » قال (وإن قدمها قبل ذلك بيوم أو يومين أجزأه) .

وجملته : أنه يجوز تقديم الفطرة قبل العيد بيومين لا يجوز أكثر من ذلك . وقال ابن عمر « كانوا يعطونها قبل الفطر بيوم أو يومين » وقال بعض أصحابنا : يجوز تعجيلها من بعد نصف الشهر كما يجوز تعجيل أذان الفجر والدفع من مزدلفة بعد نصف الليل . وقال أبو حنيفة : ويجوز تعجيلها من أول الحول . لأنها زكاة . فأشبهت زكاة المال . وقال الشافعى : يجوز من أول شهر رمضان ، لأن سبب الصدقة الصوم والفطر عنه ، فإذا وجد أحد السببين جاز تعجيلها كزكاة المال بعد ملك النصاب .

ولنا : ما روى الجوزجانى حدثنا يزيد بن هارون . قال : أخبرنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر . قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر به فيقسم — قال يزيد أظن هذا يوم الفطر — ويقول : أغنوهم عن الطواف فى هذا اليوم » والأمر للوجوب ، ومتى قدمها بالزمان الكثير لم يحصل إغناؤهم بها يوم العيد ، وسبب وجوبها الفطر بدليل إضافتها إليه ، وزكاة المال سببها ملك النصاب ، والمقصود إغناء الفقير بها فى الحول كله فجاز إخراجها فى جميعه ، وهذه المقصود منها الإغناء فى وقت مخصوص ، فلم يجز تقديمها قبل الوقت فأما تقديمها بيوم أو يومين فجائز . لما روى البخارى بإسناده عن ابن عمر قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر من رمضان . وقال فى آخره — وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين » وهذا إشارة إلى جميعهم فيكون إجماعاً . ولأن تعجيلها بهذا القدر لا يخل بالمقصود منها ، فإن الظاهر أنها تبقى أو بعضها إلى يوم العيد فيستغنى بها

عن الطواف والطلب فيه ، ولأنها زكاة فجاز تعجيلها قبل وجوبها كزكاة المال . والله أعلم .

« مسألة » قال (ويلزمه أن يخرج عن نفسه وعن عياله إذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته) .

عيال الإنسان من يعوله : أى يمونه ، فتلزمه فطرتهم كما تلزمه مؤنتهم إذا وجد ما يؤدى عنهم ، لحديث ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر عن كل صغير وكبير ، حر وعبد ممن تمونون » والذين يلزم الإنسان نفقتهم وفطرتهم ثلاثة أصناف : الزوجات ، والعبيد ، والأقارب ، فأما الزوجات : فعليه فطرتهن ، وبهذا قال مالك . والشافعى ، وإسحق ، وقال أبو حنيفة والثورى ، وابن المنذر : لا تجب عليه فطرة امرأته ، وعلى المرأة فطرة نفسها لقول النبى صلى الله عليه وسلم « صدقة الفطر على كل ذكر وأنثى » ولأنها زكاة فوجبت عليها كزكاة مالها .

ولنا : الخبر ، ولأن النكاح سبب تجب به النفقة فوجبت به الفطرة كالملك والقرابة بخلاف زكاة المال . فإنها لا تتحمل بالملك والقرابة ، فإن كان لامرأته من يخدمها بأجرة فليس على الزوج فطرته ، لأن الواجب الأجر دون النفقة ، وإن كان لها نظرت ، فإن كانت ممن لا يجب لها خادم فليس عليه نفقة خادمها ولا فطرته ، وإن كانت ممن يخدم مثلها فعلى الزوج أن يخدمها ، ثم هو مخير بين أن يشترى لها خادماً ، أو يستأجر أو ينفق على خادمها ، وإن اشترى لها خادماً أو اختار الإنفاق على خادمها فعليه فطرته ، وإن استأجر لها خادماً فليس عليه نفقته ولا فطرته سواء شرط عليه مؤنته أو لم يشرط . لأن المؤنة إذا كانت أجرة فهى من مال المستأجر ، وإن تبرع بالإنفاق على من لا تلزمه نفقته فحكمه حكم من تبرع بالإنفاق على أجنبى . وسنذكره إن شاء الله تعالى . وإن نشزت المرأة فى وقت الوجوب ففطرتها على نفسها دون زوجها . لأن نفقتها لا تلزمه ، واختار أبو الخطاب : أن عليه فطرتها . لأن الزوجية ثابتة عليها فلزمته فطرتها كالمريضة التى لا تحتاج إلى نفقة ، والأول أصح . لأن هذه ممن لا تلزمه مؤنته فلا تلزمه

فطرته كالأجنبية وفارق المريضة . لأن عدم الإنفاق عليها لعدم الحاجة لا لخلل فى المقتضى لهـا ، فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها بخلاف الناشز ، وكذلك كل امرأة لا يلزمه نفقتهـا كغير المدخول بها إذا لم تسلم إليـه ، والصغيرة التى لا يمـكن الاستمتاع بها فإنه لا تلزمه نفقتها ولا فطرتها . لأنها ليست ممن يمون .

(فصل) وأما العبيد : فإن كانوا لغير التجارة فعلى سيدهم فطرتهم . لا نعـلم فيه خلافاً ، وإن كانوا للتجارة فعليـــه أيضاً فطرتهم . وبهذا قال مالك ، والليث ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال عطاء ، والنخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى : لا تلزمه فطرتهم . لأنها زكاة ، ولا تجب فى مال واحد زكاتان ، وقـد وجبت فيهم زكاة التجارة ، فيمتنع وجوب الزكاة الأخرى كالسائمة إذا كانت للتجارة .

ولنـا : عموم الأحاديث وقول ابن عمر « فرض رسول الله صلى الله عليه وسـلم زكاة الفطر على الحر والعبد » وفى حديث عمرو بن شعيب « ألا إن صـدقة الفطر واجبة على كل مسـلم ذكر أو أنثى ، حر أو عبـد صغير أو كبير » ولأن نفقتهم واجبة فوجبت فطرتهم كعبيد القنية ، أو نقول : مسلم تجب مؤنته فوجبت فطرته كالأصل وزكاة الفطرة تجب على البدن ، ولهذا تجب على الأحرار ، وزكاة التجارة تجب عن القيمـة : وهى المـال بخلاف السوم والتجارة فإنهما يجبان بسبب مال واحد متى كان عبيد التجارة فى يد المضارب وجبت فطرتهم من مال المضاربة . لأن مؤنتهم منها ، وحكى ابن المنذر عن الشافعى : أنها على رب المـال .

ولنـا : أن الفطرة تابعة للنفقة ، وهى من مال المضاربة فـكذلك الفطرة .

(فصل) وتجب فطرة العبـد الحاضر والغائب الذى تعـلم حياته ، والآبق ، والصغير ، والـكبير ، والمرهون ، والمغصوب . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهـل العلم على أن على المرء زكاة الفطر عن مملوكه الحاضر غير المكاتب والمغصوب والآبق وعبيد التجارة ، فأما الغائب : فعليـه فطرته إذا عـلم أنه حى سواء رجى رجعته أو أيس منها ، وسواء كان مطلقاً أو محبوساً كـالأسير وغيره . قال ابن المنذر : أكثر أهل العلم يرى أن تؤدى زكـاة الفطر عن الرقيق غائبهم وحاضرهم . لأنه مالك لهم فوجبت فطرتهم عليه كالحاضرين ، وممن أوجب فطرة الآبق : الشافعى ،

وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأوجبها الزهرى إذا علم مكانه ، والأوزاعى . إن كان فى دار الإسلام ، ومالك : إن كانت غيبته قريبة ، ولم يوجبها عطاء ، والثورى ، وأصحاب الرأى . لأنه لا يلزمه الإنفاق عليه فلا تجب فطرته كالمرأة الناشز .

ولنا . أنه مال له فوجبت زكاته فى حال غيبته كمال التجارة ، ويحتمل أن لا يلزمه إخراج زكاته حتى يرجع إلى يده كزكاة الدين والمغصوب ذكره ابن عقيل . ووجه القول الأول : أن زكاة الفطر تجب تابعة للنفقة ، والنفقة تجب مع الغيبة بدليل أن من رد الآبق رجع بنفقته ، وأما من شك فى حياته منهم وانقطعت أخباره لم تجب فطرته نص عليه فى رواية صالح . لأنه لا يعلم بقاء ملكه عليه ، ولو أعتقه فى كفارته لم يجزئه فلم تجب فطرته كالميت ، فإن مضت عليه سنون ثم علم حياته لزمه الإخراج لما مضى . لأنه بان له وجود سبب الوجوب فى الزمن الماضى فوجب عليه الإخراج لما مضى كما لو سمع بهلاك ماله الغائب ثم بان أنه كان سالماً ، والحكم فى القريب الغائب كالحكم فى البعيد . لأنهم ممن تجب فطرتهم مع الحضور فكذلك مع الغيبة ، كالعبيد ، ويحتمل أن لا تجب فطرتهم مع الغيبة ؛ لأنه لا يلزمه بعث نفقتهم إليهم ، ولا يرجعون بالنفقة الماضية .

(فصل) فأما عبيد عبيده : فإن قلنا إن العبد لا يملكهم بالتمليك فالفطرة على السيد لأنهم ملكه ، وهذا ظاهر كلام الخرقى : وقول أبى الزناد ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وإن قلنا يملك بالتمليك فقد قيل : لا تجب فطرتهم على أحد . لأن السيد لا يملكهم وملك العبد ناقص ؛ والصحيح . وجوب فطرتهم . لأن فطرتهم تتبع النفقة ونفقتهم واجبة فكذلك فطرتهم ؛ ولا يعتبر فى وجوبها كمال الملك بدليل وجوبها على المكاتب عن نفسه وعبيده مع نقص ملكه .

(فصل) وأما زوجة العبد : فذكر أصحابنا المتأخرون أن فطرتها على نفسها إن كانت حرة ؛ وعلى سيدها إن كانت أمة ؛ وقياس المذهب عندى : وجوب فطرتها على سيد العبد لوجوب نفقتها عليه . ألا ترى أنه تجب عليه فطرة خادم امرأته مع أنه لا يملكها لوجوب نفقتها . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون » وهذه ممن يمونون ؛ وقد ذكر أصحابنا أنه لو تبرع بمؤنة

شخص لزمته فطرته فمن تجب عليه أولى ؛ وهكذا لو زوج الابن أباه ؛ وكان ممن تجب عليه نفقته ونفقة امرأته فعليه فطرتهما والله أعلم .

(فصل) وإن تبرع بمؤنة إنسان فى شهر رمضان فأكثر أصحابنا يختارون وجوب الفطرة عليه . وقد نص عليه أحمد فى رواية أبى داود فيمن ضم إلى نفسه يتيمة يؤدى عنها . وذلك لقوله عليه السلام « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون » وهذا ممن يمونون . ولأنه شخص ينفق عليه فلزمته فطرته كعبده ، واختار أبو الخطاب لا تلزمه فطرته لأنه لا تلزمه مؤنته فلم تلزمه فطرته كما لو لم يمنه ، وهذا قول أكثر أهل العلم وهو الصحيح إن شاء الله . وكلام أحمد فى هذا : محمول على الاستحباب لا على الإيجاب . والحديث محمول على من تلزمه مؤنته لا على حقيقة المؤنة بدليل أنه تلزمه فطرة الآبق ولو لم يمنه ، ولو ملك عبداً عند غروب الشمس أو تزوج أو ولد له ولد لزمته فطرتهم لوجوب مؤنتهم عليه وإن لم يمنهم ، ولو باع عبده أو طلق امرأته أو ماتا أو مات ولده لم تلزمه فطرتهم وإن مانهم ولأن قوله « ممن يمونون » فعل مضارع فيقتضى الحال أو الاستقبال دون الماضى ، ومن مانه فى رمضان إنما وجدت مؤنته فى الماضى فلا يدخل فى الخبر ، ولو دخل فيه لاقتضى وجوب الفطرة على من مانه ليلة واحدة ؛ وليس فى الخبر ما يقيده بالشهر ولا بغيره فالتقييد بمؤنة الشهر تحكم ؛ فعلى هذا القول : تكون فطرة هذا المختلف فيه على نفسه كما لو لم يمنه . وعلى قول أصحابنا : المعتبر الإنفاق فى جميع الشهر ؛ وقال ابن عقيل : قياس مذهبنا أنه إذا مانه آخر ليلة وجبت فطرته قياساً على من ملك عبداً عند غروب الشمس ، وإذا مانه جماعة فى الشهر كله أو مانه إنسان بعض الشهر ، فعلى قياس قول ابن عقيل هذا : تكون فطرته على من مانه آخر ليلة ؛ وعلى قول غيره : يحتمل أن لا تجب فطرته على أحد ممن مانه . لأن سبب الوجوب المؤنة فى جميع الشهر ولم يوجد ؛ ويحتمل أن تجب على الجميع فطرة واحدة بالحصص . لأنهم اشتركوا فى سبب الوجوب فأشبه ما لو اشتركوا فى ملك عبد .

« مسألة » قال (إذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته)

وجملة ذلك : أن صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها ؛ ولا يعتبر في وجوبها

نصاب . وبهذا قال أبو هريرة . وأبو العالية . والشعبي . وعطاء . وابن سيرين . والزهري . ومالك . وابن المبارك . والشافعي . وأبو ثور . وقال أصحاب الرأى : لا تجب إلا على من يملك مائتى درهم أو ما قيمته نصاب فاضل عن مسكنه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا صدقة إلا عن ظهر غنى » والفقير لا غنى له فلا تجب عليه ، ولأنه تحل له الصدقة فلا تجب عليه كمن لا يقدر عليها .

ولنا : ما روى ثعلبة بن أبي صعير عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح — أو قال بر — عن كل إنسان صغير أو كبير . حر أو مملوك ، غنى أو فقير ، ذكر أو أنثى ، أما غنيكم : فيزكيه الله ، وأما فقيركم : فيرد الله عليه أكثر مما أعطى » وفى رواية أبى داود « صاع من بر أو قمح عن كل اثنين » ولأنه حق مال لا يزيد بزيادة المال . فلا يعتبر وجوب النصاب فيه كالكفارة ولا يمتنع أن يؤخذ منه ويعطى لمن وجب عليه العشر ، والذى قاسوا عليه عاجز . فلا يصح القياس عليه ، وحديثهم محمول على زكاة المال .

(فصل) وإذا لم يفضل إلا صاع أخرجه عن نفسه لقوله عليه السلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ولأن الفطرة تنبنى على النفقة فكما يبدأ بنفسه فى النفقة فكذلك فى الفطرة ، فإن فضل آخر أخرجه عن امرأته . لأن نفقتها آكد ، فإن نفقتها تجب على سبيل المعاوضة مع اليسار والإعسار ونفقة الأقارب صلة تجب مع اليسار دون الإعسار ، فإن فضل آخر أخرجه عن رقيقه لوجوب نفقتهم فى الإعسار ، وقال ابن عقيل : يحتمل تقديم الرقيق على الزوجة . لأن فطرته متفق عليها وفطرتها مختلف فيها ، فإن فضل آخر أخرجه عن ولده الصغير . لأن نفقته منصوص عليها ومجمع عليها ، وفى الوالد والولد الكبير وجهان : أحدهما : يقدم الولد . لأنه كبعضه ، والثانى : الوالد . لأنه كبعض ولده ، وتقدم فطرة الأم على فطرة الأب لأنها مقدمة فى البر . بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم للأعرابى لما سأله « من أبر ؟ قال : أمك . قال ثم من ؟ قال : أمك . قال ثم من ؟ قال : أمك . قال ثم من ؟ قال : ثم أباك » ولأنها ضعيفة عن الكسب ، ويحتمل تقديم فطرة الأب لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ثم بالجد ثم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات فى الميراث ، ويحتمل تقديم فطرة الولد على فطرة المرأة لما

روى أبو هريرة قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصدقة فقام رجل . فقال : يا رسول الله عندى دينار قال : تصدق به على نفسك . قال عندى آخر قال تصدق به على ولدك . قال عندى آخر قال : تصدق به على زوجتك . قال عندى آخر قال . تصدق به على خادمك . قال عندى آخر قال : أنت أبصر » فقدم الولد فى الصدقة عليه فكذلك فى الصدقة عنه ، ولأن الولد كبعضه فيقدم كتقديم نفسه ، ولأنه إذا ضيع ولده لم يجد من ينفق عليه فيضيع ، والزوجة إذا لم ينفق عليها فرق بينهما ، وكان لها من يمونها من زوج أو ذى رحم ، ولأن نفقة الزوجة على سبيل المعاوضة ، فكانت أضعف فى استتباع الفطرة من النفقة الواجبة على سبيل الصلة ، لأن وجوب العوض المقدر لا يقتضى وجوب زيادة عليه يتصدق بها عمن له العوض ، ولهذا لم تجب فطرة الأخير المشروط له مؤنته بخلاف القرابة فإنها كما اقتضت صلته بالإنفاق عليه اقتضت صلته بتطهيره بإخراج الفطرة عنه .

(فصل) فإن لم يفضل إلا بعض صاع فهل يلزمه إخراجه ؟ على روايتين : إحداهما : لا يلزمه . اختارها ابن عقيل ، لأنها طهرة ، فلا تجب على من لا يملك جميعها كالكفارة ، والثانية : يلزمه إخراجه لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » ولأنها طهرة فوجب منها ما قدر عليه كالطهارة بالماء ، ولأن الجزء من الصاع يخرج عن العبد المشترك فجاز أن يخرج عن غيره كالصاع .

(فصل) فإن أعسر بفطرة زوجته فعليها فطرة نفسها أو على سيدها إن كانت مملوكة . لأنها تتحمل إذا كان ثم متحمل ، فإذا لم يكن عاد إليها كالنفقة ، ويحتمل أن لا يجب عليها شىء ، لأنها لم تجب على من وجد سبب الوجوب فى حقه لعسرته . فلم تجب على غيره كفطرة نفسه ، وتفارق النفقة فإن وجوبها آكد ، لأنها مما لا بد منه . وتجب على المعسر ، والعاجز ويرجع عليه بها عند يساره ، والفطرة بخلافها .

(فصل) ومن وجبت فطرته على غيره كالمرأة والنسيب الفقير إذا أخرج عن نفسه بإذن من تجب عليه صح بغير خلاف نعلمه ، لأنه نائب عنه ، وإن أخرج بغير إذنه ففيه وجهان : أحدهما : يجزئه . لأنه أخرج فطرته فأجزأه كالتى وجبت

عليه ، والثانى : لا يجزئه . لأنه أدى ما وجب على غيره بغير إذنه فلم يصح كما لو أدى عن غيره .

(فصل) ومن له دار يحتاج إليها لسكناها أو إلى أجرها لنفقته أو ثياب بذلة له أو لمن تلزمه مؤنته أو رقيق يحتاج إلى خدمتهم هو أو من يمونه أو بهائم يحتاج إلى ركوبها والانتفاع بها فى حوائجه الاصلية ، أو سائمة يحتاج إلى نمائها كذلك ، أو بضاعة يختل ربحها الذى يحتاج إليه بإخراج الفطرة منها فلا فطرة عليه كذلك ، لأن هذا مما تتعلق به حاجته الأصلية فلم يلزمه بيعه كمؤنة نفسه . ومن له كتب يحتاج إليها للنظر فيها والحفظ منها لا يلزمه بيعها ، والمرأة إذا كان لها حلى للبس أو لكراء تحتاج إليه لم يلزمها بيعه فى الفطرة . وما فضل من ذلك عن حوائجه الأصلية وأمكن بيعه وصرفه فى الفطرة وجبت الفطرة به . لأنه أمكن أداؤها من غير ضرر أصلى . أشبه ما لو ملك من الطعام ما يؤديه فاضلا عن حاجته .

« مسألة » قال (وليس عليه فى مكاتبه زكاة) .

وعلى المكاتب أن يخرج عن نفسه زكاة الفطر ، وممن قال لا تجب فطرة المكاتب على سيده : أبو سلمة بن عبد الرحمن ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأوجبها على السيد : عطاء ، ومالك ، وابن المنذر . لأنه عبد . فأشبه سائر عبيده .

ولنا : قوله عليه السلام « ممن تمونون » وهذا لا يمونه ولأنه لا تلزمه مؤنته فلم تلزمه فطرته كالأجنبى ، وبهذا فارق سائر عبيده . إذا ثبت هذا : فإن على المكاتب فطرة نفسه . وفطرة من تلزمه مؤنته كزوجته ، ورقيقه . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا تجب عليه . لأنه ناقص الملك فلم تجب عليه الفطرة كالقن ، ولأنها زكاة فلم تجب عليه كزكاة المال .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم « فرض صدقة الفطر على الحر والعبد والذكر والأنثى » وهذا عبد ولا يخلو من كونه ذكراً أو أنثى . ولأنه يلزمه نفقة نفسه فلزمته فطرتها كالحر الموسر ، ويفارق زكاة المال ، لأنها يعتبر لها الغنى والنصاب والحول ، ولا يحملها أحد عن غيره بخلاف الفطرة .

(فصل) وتلزم المكاتب فطرة من يمونه كالحر لدخولهم فى عموم قوله عليه السلام « أدوا صدقة الفطر عمن تمونون » .

« مسألة » قال (وإذا ملك جماعة عبداً أخرج كل واحد منهم صاعا ، وعن أبى عبد الله رواية أخرى : صاعا عن الجميع)

وجملة ذلك : أن فطرة العبد المشترك واجبة على مواليه ، وبهذا قال مالك ، ومحمد بن سلمة ، وعبد الملك ، والشافعى ، ومحمد بن الحسن ، وأبو ثور . وقال الحسن ، وعكرمة ، والثورى . وأبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا فطرة على واحد منهم لأنه ليس عليه لأحد منهم ولاية تامة . أشبه المكاتب .

ولنا : عموم الأحاديث ولأنه عبد مسلم مملوك لمن يقدر على الفطرة ، وهو من أهلها فلزمته كمملوك الواحد وفارق المكاتب فإنه لا تلزم سيده مؤنته . ولأن المكاتب يخرج عن نفسه زكاة الفطر بخلاف القن ، والولاية غير معتبرة فى وجوب الفطرة بدليل عبد الصبى . ثم إن ولايته للجميع فتكون فطرته عليهم ، واختلفت الرواية فى قدر الواجب على كل واحد منهم . فنى إحداهما على كل واحد صاع لأنها طهرة . فوجب تكميلها على كل واحد من الشركاء ككفارة القتل . والثانية : على الجميع صاع واحد على كل واحد منهم بقدر ملكه فيه . وهذا الظاهر عن أحمد . قال فوزان رجع أحمد عن هذه المسألة وقال : يعطى كل واحد منهم نصف صاع يعنى رجع عن إيجاب صاع كامل على كل واحد . وهذا قول سائر من أوجب فطرته على سادته . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب صاعا على كل واحد . وهذا عام فى المشترك وغيره ؛ ولأن نفقته تقسم عليهم فكذلك فطرته التابعة لها ، ولأنه شخص واحد فلم تجب عنه صيعان كسائر الناس ، ولأنها طهرة فوجبت على سادته بالحصص كماء الغسل من الجنابة إذا احتيج إليه ، وبهذا ينتقض ما ذكرناه للرواية الأولى .

(فصل) ومن بعضه حر ففطرته عليه وعلى سيده ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ؛ وقال مالك : على الحر بحصته وليس على العبد شىء .

ولنا : أنه عبد مسلم تلزم فطرته شخصين من أهل الفطرة . فكانت فطرته عليهما كالمشترك . ثم هل يلزم كل واحد منهما صاع أو بالحصص ؟ ينبنى على ما ذكرنا

فى العبد المشترك . فإن كان أحدهما معسراً فلا شىء عليه وعلى الآخر بقدر الواجب عليه ، ولو كان بين العبد وبين السيد مهايأة أو كان المشتركون فى العبد قد تهايئوا عليه لم تدخل الفطرة فى المهايأة لأن المهايأة معاوضة كسب بكسب ، والفطرة حق لله تعالى فلا تدخل فى ذلك كالصلاة .

(فصل) ولو ألحقت القافة ولداً برجلين أو أكثر . فالحكم فى فطرته كالحكم فى العبد المشترك ، ولو أن شخصاً حراً له قريبان فأكثر عليهم نفقته بينهم كانت فطرته عليهم كالعبد المشترك على ما ذكر فيه .

« مسألة » قال (ويعطى صدقة الفطر لمن يجوز أن يعطى صدقة الأموال) .

إنما كانت كذلك . لأن صدقة الفطر زكاة فكان مصرفها مصرف سائر الزكاوات ، ولأنها صدقة فتدخل فى عموم قوله تعالى (٩ : ٦٠ إنما الصدقات للفقراء والمساكين) الآية ولا يجوز دفعها إلى من لا يجوز دفع زكاة المال إليه ، ولا يجوز دفعها إلى ذمى . وبهذا قال مالك ؛ والليث ؛ والشافعى ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، وعن عمرو بن ميمون وعمرو بن شرحبيل ، ومرة الهمـــدانى : أنهم كانوا يعطون منها الرهبان .

ولنـا : أنها زكاة فلم يجز دفعها إلى غير المسلمين كزكاة المـال ، ولا خلاف فى أن زكاة المـال لا يجوز دفعها إلى غير المسلمين ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن لا يجزىء أن يعطى من زكاة المـال أحد من أهل الذمة .

(فصل) ويجوز أن يعطى من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله ، ولا يعطى منها غنياً ، ولا ذا قربى ، ولا أحداً ممن منع أخذ زكاة المال ، ويجوز صرفها فى الأصناف الثمانية . لأنها صدقة . فأشبهت صدقة المال .

(فصل) فان دفعها إلى مستحقها . فأخرجها آخذها إلى دافعها أو جمعت الصدقة عند الإمام ففرقها على أهل السهمان فعادت إلى إنسان صدقته ، فاختار القاضى جواز ذلك ، قال لأن أحمد قد نص فيمن له نصاب من الماشية والزرع أن الصدقة تؤخذ منه وترد عليه إذا لم يكن له قدر كفايته . وهو مذهب الشافعى ولأن قبض الإمام أو المستحق أزال ملك المخرج وعادت إليه بسبب آخر ، فجاز كما لو عادت بميراث . وقال أبو بكر

مذهب أحمد أنه لا يحل له أخذها . لأنها طهرة له فلم يجز له أخذها كشرائها ، ولأن عمر رضى الله عنه أراد أن يشترى الفرس الذى حمل عليه فى سبيل الله . فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « لا تشترها ولا تعد فى صدقتك . فإن العائد فى صدقته كالعائد فى قيئه » فأما إن اشتراها لم يجز له ذلك للخبر ، فإن ورثها فله أخذها . لأنها رجعت إليه بغير فعل منه .

« مسألة » قال (ويجوز أن يعطى الواحد ما يلزم الجماعة ، والجماعة ما يلزم الواحد) .

إعطاء الجماعة ما يلزم الواحد لا نعلم فيه خلافا . لأنه صرف صدقته إلى مستحقها فبرىء منها كما لو دفعها إلى واحد ، وأما إعطاء الواحد صدقة الجماعة ، فإن الشافعى ومن وافقه ، أوجبوا تفرقة الصدقة على ستة أصناف ودفع حصة كل صنف إلى ثلاثة منهم على ما ذكرناه قبل هذا وقد ذكرنا الدليل عليه ، ولأنها صدقة لغير معين ، فجاز صرفها إلى واحد كالتطوع . وبهذا قال مالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى .

« مسألة » قال (ومن أخرج عن الجنين . فحسن ، وكان عثمان بن عفان رضى الله عنه يخرج عن الجنين) .

المذهب : أن الفطرة غير واجبة على الجنين ، وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار لا يوجبون على الرجل زكاة الفطر عن الجنين فى بطن أمه ، وعن أحمد رواية أخرى : أنها تجب عليه . لأنه آدمى تصح الوصية له وبه ويرث فيدخل فى عموم الأخبار ويقاس على المولود .

ولنا : أنه جنين فلم تتعلق الزكاة به كأجنة البهائم ، ولأنه لم تثبت له أحكام الدنيا إلا فى الإرث والوصية بشرط أن يخرج حياً .

إذا ثبت هذا : فإنه يستحب إخراجها عنه ، لأن عثمان كان يخرجها عنه ، ولأنها صدقة عمن لا تجب عليه ، فكانت مستحبة كسائر صدقات التطوع .

« مسألة » قال (ومن كان فى يده ما يخرجه عن صدقة الفطر ، وعليه دين مثله لزمه أن يخرج إلا أن يكون مطالباً بالدين فعليه قضاء الدين ولا زكاة عليه) .

إنما لا يمنع الدين الفطرة . لأنها آكد وجوباً بدليل وجوبها على الفقير وشمولها لكل مسلم قدر على إخراجها ووجوب تحملها عمن وجبت نفقته على غيره ولا تتعلق بقدر من المال ، فجرت مجرى النفقة ، ولأن زكاة المال تجب بالملك ، والدين يؤثر فى الملك فأثر فيها . وهذه تجب على البدن والدين لا يؤثر فيه . وتسقط الفطرة عند المطالبة بالدين لوجوب أدائه عند المطالبة ، وتأكده بكونه حق آدمى معين لا يسقط بالاعسار ، وكونه أسبق سبباً وأقدم وجوباً يأثم بتأخيره فإنه يسقط غير الفطرة وإن لم يطالب به ، لأن تأثير المطالبة إنما هو فى إلزام الأداء وتحريم التأخير .

(فصل) وإن مات من وجبت عليه الفطرة قبل أدائها أخرجت من تركته فإن كان عليه دين وله مال يفى بهما قضيــا جميعاً ، وإن لم يف بهما قسم بين الدين والصدقة بالحصص ، نص عليه أحمد فى زكاة المال أن التركة تقسم بينهما وكذا ههنا ، فإن كان عليه زكاة مال وصدقة فطر ، ودين . فزكاة الفطر والمال : كالشيء الواحد لاتحاد مصرفهما فيحاصان الدين ، وأصل هذا : أن حق الله سبحانه ، وحق الآدمى إذا تعلقا بمحل واحد فكانا فى الذمة أو كانا فى العين تساويا فى الاستيفاء .

(فصل) وإذا مات المفلس وله عبيد فهل شوال قبل قسمتهم بين الغرماء ففطرتهم على الورثة . لأن الدين لايمنع نقل التركة بل غايته أن يكون رهنا بالدين وفطرة الرهن على مالكه .

(فصل) ولو مات عبيده أو من يمونه بعد وجوب الفطرة لم تسقط . لأنها دين ثبت فى ذمته بسبب عبده فلم تسقط بموته كما لو استدان العبد بإذنه ديناً وجب فى ذمته ، ولأن زكاة المال لا تسقط بتلفه فالفطرة أولى . فإن زكاة المال تتعلق بالعين فى إحدى الروايتين وزكاة الفطر بخلافه .

فصول فى صدقة التطوع

وهى مستحبة فى جميع الأوقات لقوله تعالى : (٢ : ٢٤٥ من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة) وأمر بالصدقة فى آيات كثيرة ، وحث عليها ورغب فيها وروى أبو صالح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ، ولا يصعد إلى الله إلا الطيب فإن الله تعالى يقبلها بيمينه ثم يربيها لصاحبها كما يربى أحدكم فلوه حتى تكون مثل الجبل » متفق عليه .

وصدقة السر أفضل من صدقة العلانية لقول الله تعالى (٢ : ٢٧١ إن تبدوا الصدقات فنعما هى ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ، ويكفر عنكم من سيآتكم)

وروى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « سبعة يظلهم الله فى ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله — وذكر منهم رجلا — تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه » متفق عليه .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أن صدقة السر تطفىء غضب الرب » ويستحب الإكثار منها فى أوقات الحاجات لقول الله تعالى (٩٠ : ١٤ أو إطعام فى يوم ذى مسغبة) وفى شهر رمضان . لأن الحسنات تضاعف فيه ، ولأن فيه إعانة على أداء الصوم المفروض ، ومن فطر صائماً كان له مثل أجره .

وتستحب الصدقة على ذى القرابة لقول الله تعالى (٩٠ : ١٥ يتيما ذا مقربة) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « الصدقة على المسكين صدقة . وهى على ذى الرحم اثنتان صدقة وصلة » وهذا حديث حسن .

وسألت زينب امرأة عبد الله بن مسعود رسول الله صلى الله عليه وسلم هل ينفعها

أن تضع صدقتها فى زوجها وبنى أخ لها يتامى ؟ قال « نعم لها أجران : أجر القرابة ، وأجر الصدقة » رواه النسائى .

وتستحب الصدقة على من اشتدت حاجته لقول الله تعالى (٩١ : ١٦ أو مسكيناً ذا متربة).

(فصل) والأولى أن يتصدق من الفاضل عن كفايته ، وكفاية من يمونه على الدوام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول » متفق عليه : وإن تصدق بما ينقص عن كفاية من تلزمه مؤنته ، ولا كسب له أثم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « كفى بالمرأ إثماً أن يضيع من يمون (١) » ولأن نفقة من يمونه واجبة والتطوع نافلة ، وتقديم النفل على الفرض غير جائز ، فإن كان الرجل وحده أو كان لمن يمون كفايتهم فأراد الصدقة بجميع ماله وكان ذا مكسب أو كان واثقاً من نفسه يحسن التوكل والصبر على الفقر والتعفف عن المسألة فحسن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصدقة فقال : « جهد من مقل إلى فقير فى السر » وروى عن عمر رضى الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نتصدق فوافق ذلك مالا عندى فقلت : اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوماً ، فجئته بنصف مالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أبقيت لأهلك ؟ » قلت : أبقيت لهم مثله ، فأتاه أبو بكر بكل ما عنده فقال له « ما أبقيت لأهلك ؟ » قال الله ورسوله ، فقلت لا أسابقك إلى شىء بعده أبداً ؛ فهذا كان فضيلة فى حق أبى بكر الصديق رضى الله عنه لقوة يقينه وكمال إيمانه ، وكان أيضاً تاجراً ذا مكسب فإنه قال حين ولى : قد علم الناس أن كسبى لم يكن ليعجز عن مؤنة عيالى . أو كما قال رضى الله عنه : فإن لم يوجد فى المتصدق أحد هذين كره لما روى أبو داود عن جابر بن عبد الله قال : كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ جاء رجل بمثل بيضة من ذهب فقال يا رسول الله أصبت

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم والبيهقى فى سننه بسند صحيح .

هذه من معدن لخذها فهى صدقة ما أملك غيرها ، فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتاه من قبل ركنه الأيمن . فقال مثل ذلك فأعرض عنه ، ثم أتاه من قبل ركنه الأيسر . فقال مثل ذلك فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتاه من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحذفه بها فلو أصابته لأوجعته أو لعقرته ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يأتى أحدكم بما يملك ويقول هذه صدقة ثم يقعد يستكف الناس . خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » فقد نبه النبي صلى الله عليه وسلم على المعنى الذى كره من أجله الصدقة بجميع ماله وهو أن يستكف الناس أى يتعرض لهم للصدقة . أى يأخذها ببطن كفه يقال : تكفف واستكف إذا فعل ذلك . وروى النسائى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى رجلا ثوبين من الصدقة ثم حث على الصدقة فطرح الرجل أحد ثوبيه . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ألم تروا إلى هذا دخل بهيئة بذة فأعطيته ثوبين ثم قلت تصدقوا فطرح أحد ثوبيه ، خذ ثوبك » وانتهره . ولأن الإنسان إذا أخرج جميع ماله لا يأمن فتنة الفقر وشدة نزاع النفس إلى ما خرج منه فيندم فيذهب ماله ويبطل أجره ويصير كلا على الناس ، ويكره لمن لاصبر له على الإضافة أن ينقص نفسه من الكفاية التامة والله أعلم .

كتاب الصيام

الصيام فى اللغة الإمساك يقال صام النهار إذا وقف سير الشمس قال الله تعالى إخباراً عن مريم (إنى نذرت للرحمن صوما) أى صمتا لأنه إمساك عن الكلام وقال الشاعر :

خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

يعنى بالصائمة الممسكة عن الصهيل ، والصوم فى الشرع عبارة عن الإمساك عن أشياء مخصوصة فى وقت مخصوص يأتى بيانه إن شاء الله تعالى ، وصوم رمضان واجب والأصل فى وجوبه الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم - إلى قوله - فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وأما السنة : فقول النبى صلى الله عليه وسلم « بنى الإسلام على خمس » ذكر منها صوم رمضان ، وعن طلحة بن عبيد الله أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم ثائر الرأس فقال « يا رسول الله أخبرنى ماذا فرض الله على من الصيام ؟ قال شهر رمضان قال هل على غيره ؟ قال لا إلا أن تطوع شيئاً » قال فأخبرنى ماذا فرض الله على من الزكاة ؟ فأخبره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشرائع الإسلام قال والذى أكرمك لا أتطوع شيئاً ولا أنقص مما فرض الله على شيئاً فقال النبى صلى الله عليه وسلم « أفلح إن صدق أو دخل الجنة إن صدق » متفق عليهما وأجمع المسلمون على وجوب صيام شهر رمضان .

(فصل) روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا جاء رمضان فتحت أبواب الجنة » متفق عليه وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تقولوا جاء رمضان فإن رمضان اسم من أسماء الله تعالى »(١) فيتعين حمل هذا على أنه لا يقال ذلك غير مقترن بما يدل على إرادة الشهر لئلا يخالف الأحاديث الصحيحة والمستحب مع ذلك أن يقول شهر رمضان كما قال الله تعالى (شهر رمضان

---

(١) أخرجه ابن عدى وضعفه وهو مخالف لنص الحديث المتفق عليه قبله .

الذى أنزل فيه القرآن) واختلف فى المعنى الذى لأجله سمى رمضان فروى أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنما سمى رمضان . لأنه يحرق الذنوب »(١) فيحتمل أنه أراد أنه شرع صومه دون غيره ليوافق اسمه معناه ، وقيل : هو اسم موضوع لغير معنى كسائر الشهور وقيل غير ذلك .

(فصل) والصوم المشروع هو الإمساك عن المفطرات من طلوع الفجر الثانى إلى غروب الشمس وروى معنى ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عطاء وعوام أهل العلم وروى عن على رضى الله عنه أنه لما صلى الفجر قال الآن حين تبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود . وعن ابن مسعود نحوه وقال مسروق لم يكونوا يعدون الفجر فجركم إنما كانوا يعدون الفجر الذى يملأ البيوت والطرق وهذا قول الأعمش .

ولنا : قول الله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر) يعنى بياض النهار من سواد الليل وهذا يحصل بطلوع الفجر قال ابن عبد البر فى قول النبي صلى الله عليه وسلم « إن بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » دليل على أن الخيط الأبيض هو الصباح وأن السحور لا يكون إلا قبل الفجر وهذا إجماع لم يخالف فيه إلا الأعمش وحده فشذ ولم يعرج أحد على قوله ، والنهار الذى يجب صيامه من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، قال : هذا قول جماعة علماء المسلمين .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوما طلبوا الهلال فإن كانت السماء مصحية لم يصوموا ذلك اليوم) .

وجملة ذلك : أنه يستحب للناس ترائى الهلال ليلة الثلاثين من شعبان وتطلبه ليحتاطوا بذلك لصيامهم ويسلموا من الاختلاف ، وقد روى الترمذى عن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « احصوا هلال شعبان لرمضان » فإذا رأوه وجب عليهم الصيام إجماعاً وإن لم يروه وكانت السماء مصحية لم يكن لهم

---

(١) وهذا لا يصح حديثاً وله وجه فى اللغة لأن الرمضاء شدة حر الشمس .

صيام ذلك اليوم إلا أن يوافق صوماً كانوا يصومونه مثل من عادته صوم يوم وإفطار يوم أو صوم يوم الخميس أو صوم آخر يوم من الشهر وشبه ذلك إذا وافق صومه أو من صام قبل ذلك بأيام فلا بأس بصومه لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يتقدمن أحدكم رمضان بصيام يوم أو يومين إلا أن يكون رجل كان يصوم صياما فليصمه » متفق عليه وقال عمار من صام اليوم الذى يشك فيه فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح وكره أهل العلم صوم يوم الشك واستقبال رمضان باليوم واليومين لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وحكى عن القاسم بن محمد أنه سئل عن صيام آخر يوم من شعبان هل يكره ؟ قال لا إلا أن يغمى الهلال وإتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى فأما استقبال الشهر بأكثر من يومين فغير مكروه فإن مفهوم حديث أبي هريرة أنه غير مكروه لتخصيصه النهى باليوم واليومين وقد روى العلاء ابن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا كان النصف من شعبان فامسكوا عن الصيام حتى يكون رمضان » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح إلا أن أحمد قال : ليس هو بمحفوظ قال وسألنا عنه عبدالرحمن ابن مهدى فلم يصححه ولم يحدثنى به وكان يتوقاه قال أحمد والعلاء ثقة لا ينكر من حديثه إلا هذا لأنه خلاف ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصل شعبان برمضان ويحمل هذا الحديث على نفى استحباب الصيام فى حق من لم يصم قبل نصف الشهر وحديث عائشة فى صلة شعبان برمضان فى حق من صام الشهر كله فإنه قد جاء ذلك فى سياق الخبر فلا تعارض بين الخبرين إذا . وهذا أولى من حملهما على التعارض ورد أحدهما بصاحبه والله أعلم * وفى كلام الخرقى فيه اختصار وتقديره طلبوا الهلال فان رأوه صاموا وإن لم يروه وكانت السماء مصحية لم يصوموا فحذف بعض الكلام للعلم به اختصاراً .

(فصل) ويستحب لمن رأى الهلال أن يقول ما روى ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا رأى الهلال قال « الله أكبر اللهم أهله علينا بالأمن والإيمان والسلامة والإسلام والتوفيق لما تحب وترضى ربى وربك الله » رواه الأثرم .

(فصل) وإذا رأى الهلال أهل بلد لزم جميع البلاد الصوم وهذا قول الليث وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم إن كان بين البلدين مسافة قريبة لا تختلف المطالع لأجلها كبغداد والبصرة لزم أهلهما الصوم برؤية الهلال في إحداهما وإن كان بينهما بعد كالعراق والحجاز والشام فلكل أهل بلد رؤيتهم ، وروى عن عكرمة أنه قال لكل أهل بلد رؤيتهم وهو مذهب القاسم وسالم وإسحاق لما روى كريب قال قدمت الشام واستهل على هلال رمضان وأنا بالشام فرأينا الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني ابن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال ؟ قلت رأيناه ليلة الجمعة فقال : أنت رأيته ليلة الجمعة ؟ قلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية فقال : لكن رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه ، فقلت ألا تكتفي برؤية معاوية وصيامه ؟ فقال لا هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح غريب ورواه مسلم أيضاً .

ولنا قول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وقول النبي صلى الله عليه وسلم للأعرابي لما قال له : آلله أمرك أن تصوم هذا الشهر من السنة ؟ قال « نعم » وقوله للآخر لما قال له ماذا فرض الله علي من الصوم ؟ قال « شهر رمضان » وأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان بشهادة الثقات فوجب صومه على جميع المسلمين ولأن شهر رمضان ما بين الهلالين ، وقد ثبت أن هذا اليوم منه في سائر الأحكام من حلول الدين ووقوع الطلاق والعتاق ووجوب النذور وغير ذلك من الأحكام فيجب صيامه بالنص والإجماع ولأن البينة العادلة شهدت برؤية الهلال فيجب الصوم كما لو تقاربت البلدان ، فأما حديث كريب فإنما دل على أنهم لا يفطرون بقول كريب وحده ونحن نقول به وإنما محل الخلاف وجوب قضاء اليوم الأول وليس هو في الحديث ، فإن قيل فقد قلتم إن الناس إذا صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوماً ولم يروا الهلال أفطروا في أحد الوجهين، قلنا الجواب عن هذا من وجهين أحدهما: أننا إنما قلنا يفطرون إذا صاموا بشهادته فيكون فطرهم مبنياً على صومهم بشهادته وههنا لم يصوموا بقوله فلم يوجد ما يجوز بناء الفطر عليه ، والثاني . أن الحديث دل على صحة الوجه الآخر .

« مسألة » قال (وإن حال دون منظره غيم أو قتر وجب صيامه وقد أجزأ اذا كان من شهر رمضان » .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى هذه المسألة فروى عنه مثل ما نقل الخرقى ، اختارها أكثر شيوخ أصحابنا وهو مذهب عمر وابنه وعمرو بن العاص وأبى هريرة وأنس ومعاوية وعائشة وأسماء ابنتى أبى بكر وبه قال بكر بن عبد الله وأبو عثمان النهدى وابن أبى مريم ومطرف وميمون بن مهران وطاوس ومجاهد وروى عنه أن الناس تبع للإمام فإن صام صاموا وإن أفطر أفطروا ، وهذا قول الحسن وابن سيرين لقول النبى صلى الله عليه وسلم « الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والأضحى يوم تضحون » قيل معناه أن الصوم والفطر مع الجماعة ومعظم الناس قال الترمذى هذا حديث حسن غريب وعن أحمد رواية ثالثة لا يجب صومه ولا يجزئه عن رمضان إن صامه وهو قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعى ومن تبعهم لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غمى عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين » رواه البخارى ، وعن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فاقدروا له ثلاثين » رواه مسلم وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم يوم الشك متفق عليه وهذا يوم شك ولأن الأصل بقاء شعبان فلا ينتقل عنه بالشك .

ولنا ما روى نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الشهر تسع وعشرون (١) فلا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه فإن غم عليكم فاقدروا له » قال نافع كان ابن عمر إذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوماً بعث من ينظر له الهلال فإن رأى فذاك وإن لم ير ولم يحل دون منظره سحاب ولا قتر أصبح مفطراً ، وإن حال دون منظره سحاب أو قتر أصبح صائماً ، رواه أبو داود ، ومعنى : اقدروا له أى ضيقوا له العدد من قوله تعالى (ومن قدر

(١) قيل إن المراد هنا شهر بعينه .

عليه رزقه) أى ضيق عليه وقوله (يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر) والتضييق له أن يجعل شعبان تسعة وعشرين يوماً (١) وقد فسره ابن عمر بفعله وهو راويه واعلم بمعناه فيجب الرجوع إلى تفسيره كما رجع إليه فى تفسير التفرق فى خيار المتبايعين ، وروى عن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل « هل صمت من سرر شعبان شيئاً ؟ » قال لا وفى لفظ « أصمت من سرر هذا الشهر شيئاً ؟ قال لا قال « فإذا أفطرت فصم يومين » متفق عليه . وسرر الشهر آخره ليال يستسر الهلال فلا يظهر ولأنه شك فى أحد طرفى الشهر لم يظهر فيه أنه من غير رمضان فوجب الصوم كالطرف الآخر ، قال على وأبو هريرة وعائشة : لأن أصوم يوماً من شعبان أحب إلى من أن أفطر يوماً من رمضان ولأن الصوم يحتاط له ولذلك وجب الصوم بخبر واحد ولم يفطر إلا بشهادة اثنين، فأما خبر أبى هريرة الذى احتجوا به فإنه يرويه محمد بن زياد وقد خالفه سعيد بن المسيب فرواه عن أبى هريرة « فإن غم عليكم فصوموا ثلاثين » وروايته أولى بالتقديم لإمامته واشتهار عدالته وثقته وموافقته لراى أبى هريرة ومذهبه . ولخبر ابن عمر الذى رويناه ورواية ابن عمر فاقدروا له ثلاثين مخالفة للرواية الصحيحة المتفق عليها ولمذهب ابن عمر ورأيه . والنهى عن صوم الشك محمول على حال الصحو بدليل ما ذكرناه ، وفى الجملة لا يجب الصوم إلا برؤية الهلال أو كمال شعبان ثلاثين يوماً أو يحول دون منظر الهلال غيم أو قتر على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

« مسألة » (ولا يجزئه صيام فرض حتى ينويه أى وقت كان من الليل) .

وجملته أنه لا يصح صوم إلا بنية إجماعاً فرضاً كان أو تطوعاً لأنه عبادة محضة فافتقر إلى النية كالصلاة ، ثم إن كان فرضاً كصيام رمضان فى أدائه أو قضائه والنذر والكفارة اشترط أن ينويه من الليل عند إمامنا ومالك والشافعى وقال أبو حنيفة يجزىء صيام رمضان وكل صوم متعين بنية من النهار لأن النبى صلى الله عليه وسلم أرسل غداة عاشوراء إلى قرى الأنصار التى حول المدينة « من كان

---

(١) الجمهور فسروا القدر له بالتقدير لا بالتضييق وفعل ابن عمر للاحتياط .

أصبح صائماً فليتم صومه ، ومن كان أصبح مفطراً فليصم بقية يومه ، ومن لم يكن أ كل فليصم » متفق عليه ، وكان صوماً واجباً متعيناً ولأنه غير ثابت فى الذمة فهو كالتطوع .

ولنـا ما روى ابن جريج وعبد الله بن أبى بكر بن محمـد بن عمرو بن حزم عن الزهرى عن سالم عن أبيـه عن حفصة عن النبى صلى الله عليه وسـلم قال « من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له » وفى لفظ ابن حزم « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » أخرجه النسائى وأبو داود والترمذى وروى الدارقطنى بإسناده عن عمرة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسـلم قال « من لم يبيت الصيام قبـل طلوع الفجر فلا صيام له » وقال إسناده كلهم ثقات وقال فى حديث حفصة رفعه عبد الله بن أبى بكر عن الزهرى وهو من الثقات الرفعاء ، ولأنه صوم فرض فافتقر إلى النية من الليل كالقضاء ، فأما صوم عاشوراء فلم يثبت وجوبه فإن معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « هذا يوم عاشوراء ولم يكتب الله عليكم صيامه وأنا صائم فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » متفق عليه فلو كان واجباً لم يبح فطره فإنما سمى الإمساك صياماً تجوزاً بدليل قوله : ومن كان أصبح مفطراً فليصم بقيـــة يومه . ولم يفرق بين المفطر بالأكل وغيره وقد روى البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن أذن فى الناس « أن من كان أ كل فليصم بقية يومه » وإمساك بقيـة اليوم بعد الأ كل ليس بصيام شرعى وإنما سماه صياما تجوزاً ، ثم لو ثبت أنه صام فالفرق بين ذلك وبين رمضان أن وجوب الصيام تجدد فى أثناء النهار فأجزأته النيـة حين تجدد الوجوب كمن كان صائماً تطوعاً فنذر إتمام صوم بقية يومه فإنه تجزئه نيته عند نذره بخلاف ما إذا كان النذر متقدماً . والفرق بين التطوع والفرض من وجهين (أحدهما) أن التطوع يمـكن الإتيان به فى بعض النهار بشرط عـدم المفطرات فى أوله بدليل قوله عليه السلام فى حديث عاشوراء فليصم بقية يومه فإذا نوى صوم التطوع من النهار كان صائماً بقية النهار دون أوله والفرض يكون واجباً فى جميع النهار ولا يكون صائماً بغـير النيـة (والثانى) أن التطوع سومح فى نيته من الليل تـكثيراً له فإنه قد يبدو له الصوم فى النهار فاشتراط النية فى الليل يمنع ذلك فسامح الشرع فيها كمسامحته فى ترك القيام فى صلاة التطوع

وترك الاستقبال فيه فى السفر تكثيراً له بخلاف الفرض ، إذا ثبت هذا : ففى أى جزء من الليل نوى أجزأه وسواء فعل بعد النيـــة ما ينافى الصوم من الأكل والشرب والجماع أم لم يفعل ، واشترط بعض أصحاب الشافعى أن لا يأتى بعد النيـة بمناف للصوم واشترط بعضهم وجود النية فى النصف الأخير من الليل كما اختص أذان الصبح والدفع من مزدلفة به .

ولنـا مفهوم قوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليـل » من غير تفصيل ولأنه نوى من الليـل فصح صومه كما لو نوى فى النصف الأخير ولم يفعل ما ينافى الصوم ولأن تخصيص النية بالنصف الأخير يفضى إلى تفويت الصوم لأنه وقت النوم وكثير من النـاس لا ينتبه فيه ولا يذكر الصوم ، والشارع إنمـا رخص فى تقديم النيـة على ابتدائه لحرج اعتبارها عنده فلا يخصها بمحل لا تندفع المشقة بتخصيصها به ولأن تخصيصها بالنصف الأخير تحكم من غير دليل ، ولا يصح اعتبار الصوم بالأذان والدفع من مزدلفة لأنهما يجـــوزان بعد الفجر فلا يفضى منعهما فى النصف الأول إلى فواتهما بخلاف نية الصوم ولأن اختصاصهما بالنصف الأخير بمعنى تجويزهما فيـه واشتراط النيـة بمعنى الإيجاب والتحتم وفوات الصوم بفواتها فيه وهذا فيه مشقة ومضرة بخلاف التجويز ولأن منعهما فى النصف الأول لا يفضى إلى اختصاصهما بالنصف الأخير لجوازهما بعد الفجر والنية بخلافه، فأما إن فسخ النية مثل إن نوى الفطر بعد نيـة الصيام لم تجزئه تلك النيـة المفسوخة ، لأنها زالت حكما وحقيقة .

(فصل) وإن نوى من النهار صوم الغد لم تجزئه تلك النية إلا أن يستصحبها إلى جزء من الليل وقد روى ابن منصور عن أحمد من نوى الصوم عن قضاء رمضان بالنهار ولم ينو من الليل فلا بأس إلا أن يكون فسخ النيـة بعد ذلك ، فظاهر هذا حصول الإجزاء بنيته من النهـار إلا أن القاضى قال هذا محمول على أنه استصحب النية إلى جزء من الليل ، وهذا صحيح ظاهر لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » ولأنه لم ينو عند ابتداء العبادة ولا قريباً منها فلم يصح كما لو نوى من الليل صوم بعد غد .

(فصل) وتعتبر النية لكل يوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وابن المنذر وعن أحمد أنه تجزئه نيـــة واحدة لجميع الشهر إذا نوى صوم جميعه وهذا مذهب مالك وإسحاق لأنه نوى فى زمن يصلح جنسه لنية الصوم فجاز كما لو نوى كل يوم فى ليلته .

ولنا أنه صوم واجب فوجب أن ينوى كل يوم من ليلته كالقضاء ولأن هذه الأيام عبادات لا يفسد بعضها بفساد بعض ويتخللها ما ينافيها فأشبهت القضـــاء وبهذا فارقت اليوم الأول ، وعلى قياس رمضان إذا نذر صوم شهر بعينه فيخرج فيه مثل ما ذكرناه فى رمضان .

(فصل) ومعنى النية القصد وهو اعتقاد القلب فعل شيء وعزمه عليه من غير تردد فمتى خطر بقلبه فى الليل أن غداً من رمضان وأنه صائم فيه فقد نوى ، وإن شك فى أنه من رمضان ولم يكن له أصل يبنى عليه مثل أن يكون ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحل دون مطلع الهلال غيم ولا قتر فعزم أن يصوم غداً من رمضان لم تصح النية ولا يجزئه صيام ذلك اليوم لأن النيـــة قصد تتبع العلم ، وما لا يعلمه ولا دليل على وجوده ولا هو على ثقة من اعتقاده لا يصح قصده وبهذا قال حماد وربيعة ومالك وابن أبى ليلى والحسن بن صالح وابن المنذر وقال الثورى والأوزاعى يصح إذا نواه من الليل لأنه نوى الصيام من الليل فصح كاليوم الثانى وعن الشافعى كالمذهبين .

ولنا : أنه لم يجزم النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم إلا بعد خروجه وكذلك لو بنى على قول المنجمين وأهل المعرفة بالحساب فوافق الصواب لم يصح صومه وإن كثرت إصابتهم لأنه ليس بدليل شرعى يجوز البناء عليه ولا العمل به فكان وجوده كعدمه قال النبى صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته » وفى رواية « لا تصوموا حتى تروه ولا تفطروا حتى تروه » فأما ليلة الثلاثين من رمضان فتصح نيته وإن احتمل أن يكون من شوال لأن الأصل بقاء رمضان وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بصومه بقوله « ولا تفطروا حتى تروه » لكن إن قال : إن كان غداً من رمضان فأنا صائم وإن كان من شوال فأنا مفطر

قال ابن عقيل لايصح صومه لأنه لم يجزم بنيـة الصيام، والنية اعتقاد جازم، ويحتمل أن يصح لأن هذا شرط واقع والأصل بقاء رمضان .

(فصل) ويجب تعيين النيـــة فى كل صوم واجب وهو أن يعتقد أنه يصوم غـداً من رمضان أو من قضائه أو من كفارته أو نذره نص عليه أحمـد فى رواية الأثرم فإنه قال قلت لأبى عبد الله أسير صام شهر رمضـان فى أرض الروم ولا يعلم أنه رمضان ينوى التطوع ؟ قال لا يجزئه إلا بعزيمة أنه من رمضان ولا يجزئه فى يوم الشك إذا أصبح صائماً وإن كان من رمضان إلا بعزيمة من الليل أنه من رمضان وبهذا قال مالك والشافعى ، وعن أحمـد رواية أخرى أنه لا يجب تعيين النية لرمضان فإن المروذى روى عن أحمـد أنه قال يكون يوم الشك يوم غيم إذا أجمعنا على أننا نصبح صياماً يجزئنا من رمضان وإن لم نعتقد أنه من رمضان ؟ قال نعم قلت فقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات » أليس يريد أن ينوى أنه من رمضان ؟ قال لا إذا نوى من الليل أنه صائم أجزأه وحكى أبو حفص العكبرى عن بعض أصحابنا أنة قال ولو نوى نفلا وقع عنه رمضان وصح صومه وهذا قول أبى حنيفة وقال بعض أصحابنا واو نوى أن يصوم تطوعا ليلة الثلاثين من رمضان فوافق رمضان أجزأه قال القاضى وجدت هذا الكلام اختياراً لأبى القاسم ذكره فى شرحه وقال أبو حفص لا يجزئه إلا أن يعتقد من الليل بلا شك ولا تلوم ، فعلى القول الثانى لو نوى فى رمضان الصوم مطلقاً أو نوى نفلا وقع عن رمضان وصح صومه وهذا قول أبى حنيفة إذا كان مقيما لأنه فرض مستحق فى زمن بعينه فلا يجب تعيين النية له كطواف الزيارة

ولنا : أنه صوم واجب فوجب تعيين النية له كالقضاء وطواف الزيارة كمسألتنا فى افتقاره إلى التعيين فلو طاف ينوى به الوداع أو طاف بنية الطواف مطلقاً لم يجزئه عن طواف الزيارة ثم الحج مخالف للصوم ولهذا ينعقد مطلقاً وينصرف إلى الفرض ولو حج عن غيره ولم يكن حج عن نفسه وقع عن نفسه ولو نوى الإحرام بمثل ما أحرم به فلان صح وينعقد فاسداً بخلاف الصوم .

(فصل) ولو نوى ليلة الشك إن كان غداً من رمضان فأنا صائم فرضاً وإلا فهو نفل لم يجزئه على الرواية الأولى لأنه لم يعين الصوم من رمضان جزماً، ويجزيه على

الأخرى لأنه قد نوى الصوم ولو كان عليه صوم من سنة خمس فنوى أنه يصوم عن سنة ست أو نوى الصوم عن يوم الأحد وكان الاثنين أو ظن أن غداً الأحد فنواه وكان الاثنين صح صومه لأن نية الصوم لم تختل وإنما أخطأت فى الوقت .

(فصل) وإذا عين النية عن صوم رمضان أو قضائه كفارة أو نذر لم يحتج أن ينوى كونه فرضاً وقال ابن حامد يجب ذلك وقد مر بيان ذلك فى الصلاة .

« مسألة » قال (ومن نوى صيام التطوع من النهار ولم يكن طعم أجزأه)

وجملة ذلك : أن صوم التطوع يجوز بنية من النهار عند إمامنا وأبى حنيفة ، والشافعى ، وروى ذلك عن أبى الدرداء وأبى طلحة وابن مسعود وحذيفة وسعيد ابن المسيب وسعيد بن جبير والنخعى وأصحاب الرأى وقال مالك ، وداود لا يجوز إلا بنية من الليل لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » ولأن الصلاة يتفق وقت النية لفرضها ونفلها وكذلك الصوم .

ولنا ما روت عائشة رضى الله عنها قالت دخل على النبى صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال « هل عندكم من شىء : قلنا لا قال : فإنى إذاً صائم » أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى ويدل عليه أيضاً حديث عاشوراء ولأن الصلاة يخفف نفلها عن فرضها بدليل أنه لا يشترط القيام لنفلها ويجوز فى السفر على الراحلة إلى غير القبلة فكذا الصيام ، وحديثهم نخصه بحديثنا على أن حديثنا أصح من حديثهم فإنه من رواية ابن لهيعة ويحيى بن أيوب قال الميمونى سألت أحمد عنه فقال أخبرك ماله عندى ذلك الإسناد إلا أنه عن ابن عمر وحفصة إسنادان جيدان، والصلاة يتفق وقت النية لنفلها وفرضها لأن اشتراط النية فى أول الصلاة لا يفضى إلى تقليلها بخلاف الصوم فإنه يعين له الصوم من النهار فعفى عنه كما لو جوزنا التنفل قاعداً وعلى الراحلة لهذه العلة .

(فصل) وأى وقت من النهار نوى أجزأه سواء فى ذلك ما قبل الزوال وبعده هذا ظاهر كلام أحمد والخرقى وهو ظاهر قول ابن مسعود فإنه قال أحدكم بأخير النظرين ما لم يأكل أو يشرب وقال رجل لسعيد بن المسيب إنى لم آكل إلى الظهر أو إلى العصر أفأصوم بقية يومى؟ قال نعم واختار القاضى فى المحرر أنه لا تجزئه النية بعد

الزوال وهذا مذهب أبي حنيفة والمشهور من قولى الشافعى ، لأن معظم النهار مضى من غير نية بخلاف الناوى قبل الزوال فإنه قد أدرك معظم العبادة ولهذا تأثير فى الأصول بدليل أن من أدرك الامام قبل الرفع من الركوع أدرك الركعة لإدراكه معظمها ولو أدركه بعد الرفع لم يكن مدركا لها ولو أدرك مع الإمام من الجمعة ركعة كان مدركا لها لأنها تزيد بالتشهد ولو أدرك أقل من ركعة لم يكن مدركا لها .

ولنا أنه نوى فى جزء من النهار فأشبه ما لو نوى فى أوله . ولأن جميع الليل وقت لنية الفرض فكذا جميع النهار وقت لنية النفل ، إذا ثبت هذا : فإنه يحكم له بالصوم الشرعى المثاب عليه من وقت النية فى المنصوص عن أحمد فإنه قال من نوى فى التطوع من النهار كتب له بقية يومه وإذا أجمع من الليل كان له يومه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وقال أبو الخطاب فى الهداية يحكم له بذلك من أول النهار وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأن الصوم لا يتبعض فى اليوم بدليل ما لو أكل فى بعضه لم يجز له صيام باقيه ، فإذا وجد فى بعض اليوم دل على أنه صائم من أوله ولا يمنع الحكم بالصوم من غير نية حقيقية كما لو نسى الصوم بعد نيته أو غفل عنه ، ولأنه لو أدرك بعض الركعة أو بعض الجماعة كان مدركا لجميعها .

ولنا أن ما قبل النية لم ينو صيامه فلا يكون صائماً فيه لقوله عليه السلام « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » ولأن الصوم عبادة محضة فلا توجد بغير نية كسائر العبادات المحضة ، ودعوى أن الصوم لا يتبعض دعوى محل النزاع وإنما يشترط لصوم البعض أن لا توجد المفطرات فى شىء من اليوم ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث عاشوراء « فليصم بقية يومه » وأما إذا نسى النية بعد وجودها فإنه يكون مستصحباً لحكمها بخلاف ماقبلها فإنها لم توجد حكما ولا حقيقة ولهذا لو نوى الفرض من الليل ونسيه فى النهار صح صومه ولو لم ينو من الليل لم يصح صومه . وأما إدراك الركعة والجماعة فإنما معناه أنه لا يحتاج الى قضاء ركعة وينوى أنه مأموم وليس هذا مستحيلا أما أن يكون ما صلى الإمام قبله من الركعات محسوباً له بحيث يجزئه عن فعله فكلا ولأن مدرك الركوع مدرك لجميع أركان الركعة ، لأن القيام وجد حين كبر وفعل سائر الأركان مع الإمام وأما الصوم فإن النية شرط له أو ركن فيه فلا يتصور وجوده بدون شرطه وركنه ، إذا ثبت هذا

فإن من شرطه أن لا يكون طعم قبل النية ولا فعل ما يفطره فإن فعل شيئاً من ذلك لم يجزئه الصيام بغير خلاف نعلمه .

« مسألة » قال (ومن نوى من الليل فأغمى عليه قبل طلوع الفجر فلم يفق حتى غربت الشمس لم يجزه صيام ذلك اليوم)

وجملة ذلك أنه متى أغمى عليه جميع النهار فلم يفق فى شىء منه لم يصح صومه فى قول إمامنا والشافعى . وقال أبو حنيفة : يصح . لأن النية قد صحت ، وزوال الاستشعار بعد ذلك لا يمنع صحة الصوم كالنوم .

ولنا : أن الصوم هو الإمساك مع النية ، قال النبى صلى الله عليه وسلم « يقول الله تعالى كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فإنه لى وأنا أجزى به يدع طعامه وشرابه من أجلى » متفق عليه ، فأضاف ترك الطعام والشراب إليه . فإذا كان مغمى عليه فلا يضاف الإمساك إليه فلم يجزئه ، ولأن النية أحد ركنى الصوم فلا يجزىء وحدها كالإمساك وحده ، أما النوم فإنه عادة ولا يزيل الإحساس بالكلية ومتى نبه انتبه ، والإغماء عارض يزيل العقل فأشبه الجنون ، إذا ثبت هذا فزوال العقل يحصل بثلاثة أشياء . أحدها : الإغماء وقد ذكرناه ومتى فسد الصوم به فعلى المغمى عليه القضاء بغير خلاف علمناه لأن مدته لا تتطاول غالباً . ولا تثبت الولاية على صاحبه فلم يزل التكليف به وقضاء العبادات كالنوم ، ومتى أفاق المغمى عليه فى جزء من النهار صح صومه سواء كان فى أوله أو آخره ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : تعتبر الإفاقة فى أول النهار ليحصل حكم النية فى أوله .

ولنا : أن الإفاقة حصلت فى جزء من النهار فأجزأ كما لو وجدت فى أوله وما ذكروه لا يصح فان النية قد حصلت من الليل فيستغنى عن ذكرها فى النهار كما لو نام أو غفل عن الصوم ، ولو كانت النية إنما تحصل بالإفاقة فى النهار لما صح منه صوم الفرض بالإفاقة لأنه لا يجزىء بنية من النهار .

الثانى : النوم فلا يؤثر فى الصوم سواء وجد فى بعض النهار أو جميعه .

الثالث : الجنون فحكمه حكم الإغماء إلا أنه إذا وجد فى جميع النهار لم يجب قضاؤه . وقال أبو حنيفة : متى أفاق المجنون فى جزء من رمضان لزمه قضاء ما مضى

منه ، لأنه أدرك جزءاً من رمضان وهو عاقل فلزمه صيامه كما لو أفاق فى جزء من اليوم . وقال الشافعى : إذا وجد الجنون فى جزء من النهار أفسد الصوم : لأنه معنى يمنع وجوب الصوم فأفسده وجوده فى بعضه كالحيض .

ولنا : أنه معنى يمنع الوجوب إذا وجد فى جميع الشهر فمنعه إذا وجد فى جميع النهار كالصبا والكفر وأما إن أفاق فى بعض اليوم فلنا منع فى وجوبه ، وإن سلمناه فإنه قد أدرك بعض وقت العبادة فلزمه كالصبى إذا بلغ والكافر إذا أسلم فى بعض النهار وكما لو أدرك بعض وقت الصلاة .

ولنا على الشافعى أنه زوال عقل فى بعض النهار فلم يمنع صحة الصوم كالإغماء والنوم ، ويفارق الحيض فإن الحيض لا يمنع الوجوب ، وإنما يجوز تأخير الصوم ويحرم فعله ويوجب الغسل ويحرم الصلاة والقراءة واللبث فى المسجد والوطء فلا يصح قياس الجنون عليه .

« مسألة » قال (وإذا سافر ما يقصر فيه الصلاة فلا يفطر حتى يترك البيوت وراء ظهره) .

وجملة ذلك : أن للمسافر أن يفطر فى رمضان وغيره بدلالة الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب : فقول الله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله وضع عن المسافر الصوم » رواه النسائى والترمذى وقال حديث حسن فى أخبار كثيرة سواه ، وأجمع المسلمون على إباحة الفطر للمسافر فى الجملة ، وإنما يباح الفطر فى السفر الطويل الذى يبيح القصر وقد ذكرنا قدره فى الصلاه ، ثم لا يخلو المسافر من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يدخل عليه شهر رمضان فى السفر فلا نعلم بين أهل العلم خلافا فى إباحة الفطر له .

والثانى : أن يسافر فى أثناء الشهر ليلا فله الفطر فى صبيحة الليلة التى يخرج فيها : وما بعدها فى قول عامة أهل العلم . وقال عبيدة السلمانى وأبو مجلز وسويد بن غفلة لا يفطر من سافر بعد دخول الشهر لقول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا قد شهده .

ولنـا : قول الله تعالى (فمن كان منـكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وروى ابن عباس قال : خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فى شهر رمضان فصام حتى بلغ الـكديد ، ثم أفطر وأفطر الناس ، متفق عليه ، ولأنه مسافر فأبيح له الفطر كما لو سافر قبل الشهر ، والآية تناولت الأمر بالصوم لمن شهد الشهر كله . وهذا لم يشهده كله .

الثالث : أن يسافر فى أثنـاء يوم من رمضان فحـكمه فى اليوم الثانى كمن سافر ليلا ، وفى إباحة فطر اليوم الذى سافر فيه عن أحمد روايتان : إحداهما : له أن يفطر وهو قول عمرو بن شرحبيل والشعبي وإسحق وداود وابن المنذر لمـا روى عبيد ابن جبير قال : ركبت مع أبي بصرة الغفارى سفينة من الفسطاط فى شهر رمضان فدفع ثم قرب غداءه فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة ثم قال اقترب فقلت ألست ترى البيوت ؟ قال أبو بصرة أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فأ كل . رواه أبو داود ، ولأن السفر معنى لو وجد ليلا واستمر فى النهار لأباح الفطر فإذا وجد فى أثنائه أباحه كالمرض ، ولأنه أحد الأمرين المنصوص عليهما فى إباحة الفطر بهما فأباحه فى أثناء النهار كالآخر . والرواية الثانية : لا يباح له الفطر ذلك اليوم وهو قول مـكحول ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ،ومالك ، والأوزاعى والشافعى ، وأصحاب الرأى لأن الصوم عبادة تختلف بالسفر والحضر فإذا اجتمعا فيها غلب حكم الحضر كالصلاة والأول أصح للخبر ، ولأن الصوم يفارق الصلاة فان الصلاة يلزم إتمامها بنيته بخلاف الصوم .

إذا ثبت هذا : فانه لا يبـاح له الفطر حتى يخلف البيوت وراء ظهره يعنى أنه يجاوزها ويخرج من بين بنيانها وقال الحسن : يفطر فى بيته إن شاء يوم يريد أن يخرج ، وروى نحوه عن عطاء ، قال ابن عبد البر قول الحسن قول شـاذ ، وليس الفطر لأحد فى الحضر فى نظر ولا أثر ، وقد روى عن الحسن خلافه ، وقد روى محمد ابن كعب قال : أتيت أنس بن مالك فى رمضان وهو يريد السفر وقد رحلت له راحلته ولبس ثياب السفر فدعا بطعام فأ كل فقلت له سنة ؟ فقال : سنة ثم ركب قال الترمذى هذا حديث حسن .

ولنا : قول الله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وهذا شاهد ولا يوصف بكونه مسافراً حتى يخرج من البلد ، ومهما كان فى البلد فله أحكام الحاضرين ولذلك لا يقصر الصلاة ، فأما أنس فيحتمل أنه قد كان برز من البلد خارجاً منه فأتاه محمد بن كعب فى منزله ذلك .

(فصل) وإن نوى المسافر الصوم فى سفره ثم بدا له أن يفطر فله ذلك ، واختلف قول الشافعى فيه . فقال مرة لا يجوز له الفطر ، وقال مرة أخرى إن صح حديث الكديد لم أر به بأساً أن يفطر . وقال مالك : إن أفطر فعليه القضاء والكفارة لأنه أفطر فى صوم رمضان فلزمه ذلك كما لو كان حاضراً .

ولنا حديث ابن عباس وهو حديث صحيح متفق عليه ، وروى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح فصام حتى بلغ كراع الغميم فصام الناس معه ، فقيل له إن الناس قد شق عليهم الصيام وإن الناس ينظرون ما فعلت فدعا بقدح من ماء بعد العصر فشرب والناس ينظرون فأفطر بعضهم وصام بعضهم فبلغه أن ناساً صاموا فقال « أولئك العصاة » رواه مسلم ، وهذا نص صريح لا يعرج على من خالفه ، إذا ثبت هذا فان له أن يفطر بما شاء من أكل وشرب وغيرهما إلا الجماع هل له أن يفطر به أم لا ؟ فان أفطر بالجماع ففى الكفارة روايتان : الصحيح منهما أنه لا كفارة عليه وهو مذهب الشافعى (والثانية) يلزمه كفارة ، لأنه أفطر بجماع فلزمته كفارة كالحاضر .

ولنا : أنه صوم لا يجب المضى فيه فلم تجب الكفارة بالجماع فيه كالتطوع وفارق الحاضر الصحيح فانه يجب عليه المضى فى الصوم ، وإن كان مريضاً يباح له الفطر فهو كالمسافر ، ولأنه يفطر بنية الفطر فيقع الجماع بعد حصول الفطر فأشبه ما لو أكل ثم جامع ، ومتى أفطر المسافر فله فعل جميع ما ينافى الصوم من الأكل والشرب والجماع وغيره لأن حرمتها بالصوم فتزول بزواله كما لو زال بمجىء الليل .

(فصل) وليس للمسافر أن يصوم فى رمضان عن غيره كالنذر والقضاء لأن الفطر أبيح رخصة وتخفيفاً عنه ، فاذا لم يرد التخفيف عن نفسه لزمه أن يأتى بالأصل ، فان نوى صوما غير رمضان لم يصح صومه لا عن رمضان ولا عما نواه . هذا الصحيح فى المذهب وهو قول أكثر العلماء . وقال أبو حنيفة : يقع ما نواه إذا

كان واجباً ، لأنه زمن أبيح له فطره فكان له صـــومه عن واجب عليه كغير شهر رمضان .

ولنا : أنه أبيح له الفطر للعذر فلم يجز له أن يصومه عن غير رمضان كالمريض وبهذا ينتقض ما ذكروه وينقض أيضاً بصوم التطوع فإنهم سلموه . قال صالح : قيل لأبي من صام شهر رمضان وهو ينوى به تطوعا يجزئه ؟ قال أو يفعل هذا مسلم

(مسألة) قال (ومن أكل أو شرب أو احتجم أو استعط أو أدخل إلى جوفه شيئاً من أى موضع كان أو قبل فأمنى أو أمذى أو كرر النظر فأنزل أى ذلك فعل عامداً وهو ذاكر لصومه فعليه القضاء بلا كفارة إذا كان صوما واجباً) .

فى هذه المسألة فصول (أحدها) أنه يفطر بالأكل والشرب بالإجماع وبدلالة الكتاب والسنة أما الكتاب : فقول الله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل) مد الأكل والشرب إلى تبين الفجر ثم أمر بالصيام عنهما ، وأما السنة : فقول النبى صلى الله عليه وسلم « والذى نفسى بيده لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك يترك طعامه وشرابه وشهوته من أجلى » وأجمع العلماء على الفطر بالأكل والشرب بما يتغذى به فأما مالا يتغذى به فعامة أهل العلم على أن الفطر يحصل به . وقال الحسن بن صالح : لايفطر بما ليس بطعام ولا شراب وحكى عن أبى طلحة الأنصارى أنه كان يأكل البرد فى الصوم ويقول ليس بطعام ولا شراب ، ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بأن الكتاب والسنة إنما حرما الأكل والشرب فما عداهما يبقى على أصل الإباحة .

ولنا دلالة الكتاب والسنة على تحريم الأكل والشرب على العموم فيدخل فيه محل النزاع ولم يثبت عندنا ما نقل عن أبى طلحة فلا يعد خلافا .

(الفصل الثانى) أن الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم وبه قال اسحاق وابن المنذر ومحمد بن اسحاق بن خزيمة وهو قول عطاء وعبد الرحمن بن مهدى ، وكان الحسن ومسروق وابن سيرين لا يرون للصائم أن يحتجم ، وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلا فى الصوم منهم : ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وأنس ورخص

فيها أبو سعيد الخدرى وابن مسعود وأم سلمة وحسين بن على وعروة وسعيد بن جبير وقال مالك والثورى وأبو حنيفة والشافعى يجوز للصائم أن يحتجم ولا يفطر لماروى البخارى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم . ولأنه دم خارج من البدن أشبه الفصد .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « أفطر الحاجم والمحجوم » رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم أحد عشر نفساً قال أحمد حديث شداد بن أوس من أصح حديث يروى فى هذا الباب وإسناد حديث رافع إسناد جيد وقال : حديث ثوبان وشداد صحيحان ، وعن على بن المدينى أنه قال أصح شىء فى هذا الباب : حديث شداد وثوبان وحديثهم منسوخ بحديثنا بدليل ما روى ابن عباس أنه قال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقاحة بقرن وناب وهو محرم صائم فوجد لذلك ضعفاً شديداً فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتجم الصائم . رواه أبو اسحاق الجوزجانى فى المترجم وعن الحكم قال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو صائم فضعف ثم كرهت الحجامة للصائم وكان ابن عباس وهو راوى حديثهم يعد الحجام والحاجم فإذا غابت الشمس احتجم بالليل كذلك رواه الجوزجانى وهذا يدل على أنه علم نسخ الحديث الذى رواه . ويحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم فأفطر كما روى عنه عليه السلام أنه قاء فأفطر .

فإن قيل ، فقد روى النبى صلى الله عليه وسلم رأى الحاجم والمحتجم يغتابان فقال ذلك قلنا لم تثبت صحة هذه الرواية مع أن اللفظ أعم من السبب فيجب العمل بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، على أننا قد ذكرنا الحديث الذى فيه بيان علة النهى عن الحجامة وهى الخوف من الضعف فيبطل التعليل بما سواه أويكون كل واحد منهما علة مستقلة ، على أن الغيبة لا تفطر الصائم إجماعا فلا يصح حمل الحديث على ما يخالف الإجماع . قال أحمد : لأن يكون الحديث كما جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم « أفطر الحاجم والمحجوم » أحب إلينا من أن يكون من الغيبة لأن من أراد أن يمتنع من الحجامة امتنع وهذا أشد على الناس ، من يسلم من الغيبة ؟

فإن قيل : فإذا كانت علة النهى ضعف الصائم بها فلا يقتضى ذلك الفطر وإنما

يقتضى الكراهة ، ومعنى قوله « أفطر الحاجم المحجوم » أى قربا من الفطر . قلنا هذا تأويل يحتاج إلى دليل على أنه لا يصح ذلك فى حق الحاجم فإنه لاضعف فيه .

(الفصل الثالث) أنه يفطر بكل ما أدخله إلى جوفه أو مجوف فى جسده كدماغه وحلقه ونحو ذلك مما ينفذ إلى معدته إذا وصل باختياره وكان مما يمكن التحرز منه سواء وصل من الفم على العادة أو غير العادة كالوجور واللدود أو من الأنف كالسعوط أو ما يدخل من الأذن إلى الدماغ أو ما يدخل من العين إلى الحلق كالكحل أو ما يدخل إلى الجوف من الدبر بالحقنة أو ما يصل من مداواة الجائفة إلى جوفه أو من دواء المأمومة إلى دماغه ، فهذا كله يفطره . لأنه واصل إلى جوفه باختياره فأشبه الأكل ، وكذلك لو جرح نفسه أو جرحه غيره باختياره فوصل إلى جوفه سواء استقر فى جوفه أو عاد فخرج منه ، وبهذا كله قال الشافعى ، وقال مالك لا يفطر بالسعوط إلا أن ينزل إلى حلقه ولا يفطر إذا داوى المأمومة والجائفة واختلف عنه فى الحقنة واحتج له بأنه لم يصل إلى الحلق منه شيء أشبه ما لم يصل إلى الدماغ ولا الجوف .

ولنا أنه واصل إلى جوف الصائم باختياره فيفطره كالواصل إلى الحلق ، والدماغ جوف والواصل إليه يغذيه فيفطره كجوف البدن .

(فصل) فأما الكحل فما وجد طعمه فى حلقه أو علم وصوله إليه فطره وإلا لم يفطره نص عليه أحمد وقال ابن أبى موسى ما يجد طعمه كالذرور والصبر والقطور أفطر . وإن اكتحل باليسير من الإثمد غير المطيب كالميل ونحوه لم يفطر . نص عليه أحمد . وقال ابن عقيل : إن كان الكحل حاداً فطره وإلا فلا . ونحو ما ذكرناه قال أصحاب مالك . وعن ابن أبى ليلى وابن شبرمة أن الكحل يفطر الصائم . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يفطره لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه اكتحل فى رمضان وهو صائم ولأن العين ليست منفذاً فلم يفطر بالداخل منهـــا كما لو دهن رأسه .

ولنا أنه أوصل إلى حلقه ما هو ممنوع من تناوله بفيه فأفطر به كما لو أوصله من أنفه . وما رووه لم يصح قال الترمذى : لم يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى باب

الـكحل للصائم شيء . ثم نحمله على أنه اكتحل بما لا يصل . وقولهم : ليست العين منفذاً لا يصح فإنه يوجد طعمه في الحلق ويكتحل بالإثمد فيتنخعه قال أحمد حدثني إنسان أنه اكتحل بالليل فتنخعه بالنهار ، ثم لا يعتبر في الواصل أن يكون من منفذ بدليل مالو جرح نفسه جائفة فإنه يفطر .

(فصل) وما لا يمكن التحرز منه كابتلاع الريق لا يفطره لأن اتقاء ذلك يشق . فأشبه غبار الطريق وغربلة الدقيق . فإن جمعه ثم ابتلعه قصداً لم يفطره ، لأنه يصل إلى جوفه من معدته أشبه ما إذا لم يجمعه، وفيه وجه آخر أنه يفطره لأنه أمكنه التحرز منه . أشبه مالو قصد ابتلاع غبار الطريق . والأول أصح ، فإن الريق لا يفطر إذا لم يجمعه وإن قصد ابتلاعه فـكذلك إذا جمعه بخلاف غبار الطريق فان خرج ريقه إلى ثوبه أو بين أصابعه أو بين شفتيه ثم عاد فابتلعه أو بلع ريق غيره أفطر ، لأنه ابتلعه من غير فيه . فأشبه مالو بلع غيره ، فان قيل : فقد روت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبلها وهو صائم ويمص لسانها رواه أبو داود قلنا قد روي عن أبي داود أنه قال : هذا إسناد ليس بصحيح . ويجوز أنه كان يقبل في الصوم ويمص لسانها في غيره ، ويجوز أن يمصه ، ثم لا يبتلعه ولأنه لم يتحقق انفصال ما على لسانها من البلل إلى فمه . فأشبه ما لو ترك حصاة مبلولة في فيه أو لو تمضمض بماء ثم مجه ، ولو ترك في فمه حصاة أو درهما فأخرجه وعليه بلة من الريق ثم أعاده في فيه نظرت فإن كان ما عليه من الريق كثيراً فابتلعه أفطر وإن كان يسيراً لم يفطر بابتلاع ريقه . وقال بعض أصحابنا : يفطر لابتلاعه ذلك البلل الذي كان على الجسم .

ولنا : أنه لا يتحقق انفصال ذلك البلل ودخوله إلى حلقه فلا يفطره كالمضمضة والتسوك بالسواك الرطب والمبلول . ويقوي ذلك حديث عائشة في مص لسانها ، ولو أخرج لسانه وعليه بلة ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه لم يفطر .

(فصل) وإن ابتلع النخامة ففيها روايتان . إحداهما : يفطر قال حنبل سمعت أبا عبد الله يقول إذا تنخم ثم ازدرده فقد أفطر لأن النخامة من الرأس تنزل والريق من الفم ولو تنخع من جوفه ثم ازدرده أفطر وهذا مذهب الشافعي لأنه أمكن التحرز منها . أشبه الدم ولأنها من غير الفم أشبه القيء .

والرواية الثانية ؛ لا يفطر قال فى رواية المروزى ليس عليك قضاء إذا ابتلعت النخاعة وأنت صائم لأنه معتاد فى الفم غير واصل من خارج أشبه الريق .

(فصل) فإن سال فمه دما أو خرج إليه قلس أو قىء فازدرده أفطر وإن كان يسيراً لأن الفم فى حكم الظاهر والأصل حصول الفطر بكل واصل منه لكن عفى عن الريق لعدم إمكان التحرز منه فما عداه يبقى على الأصل وإن ألقاه من فيه وبقى فمه نجساً أو تنجس فمه بشيء من خارج فابتلع ريقه فان كان معه جزء من المنجس أفطر بذلك الجزء وإلا فلا .

(فصل) ولا يفطر بالمضمضة بغير خلاف سواء كان فى الطهارة أو غيرها وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن عمر سأله عن القبلة للصائم ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أرأيت لو تمضمضت من إناء وأنت صائم ؟ قلت لا بأس ، قال « فمه » (١) ولأن الفم فى حكم الظاهر لا يبطل الصوم بالواصل إليه كالأنف والعين وإن تمضمض أو استنشق فى الطهارة فسبق الماء إلى حلقه من غير قصد ولا إسراف فلا شيء عليه . وبه قال الأوزاعى وإسحاق والشافعى فى أحد قوليه . وروى ذلك عن ابن عباس وقال مالك وأبو حنيفة : يفطر . لأنه أوصل الماء إلى جوفه ذاكراً لصومه فأفطر كما لو تعمد شربه .

ولنا : أنه وصل إلى حلقه من غير إسراف ولا قصد فأشبه ما لو طارت ذبابة إلى حلقه وبهذا فارق المتعمد ، فأما أن أسرف فزاد على الثلاث أو بالغ فى الاستنشاق فقد فعل مكروهاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم للقيط بن صبرة « وبالغ فى الاستنشاق إلا أن تكون صائماً » حديث صحيح ، ولأنه يتعرض بذلك لإيصال الماء إلى حلقه فان وصل إلى حلقه . فقال أحمد : يعجبنى أن يعيد الصوم وهل يفطر بذلك ؟ على وجهين ، أحدهما : يفطر . لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المبالغة

---

(٢) قوله فمه أصله ما الاستفهامية زيد فيها هاء السكت والمعنى فما الفرق بينهما والحديث رواه أحمد وأبو داود وسكت عليه والنسائى وقال منكر ولكن صححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم .

حفظاً للصوم فدل ذلك على أنه يفطر به ، ولأنه وصل بفعل منهى عنه فأشبه التعمد .
والثانى : لا يفطر به . لأنه وصل من غير قصد فأشبه غبار الدقيق إذا نخله فأما
المضمضة لغير الطهارة فان كانت لحاجة كغسل فمه عند الحاجة إليه ونحوه فحكمه
حكم المضمضة للطهارة ، وإن كان عابثاً أو تمضمض من أجل العطش كره . وسئل
أحمد عن الصائم يعطش فيتمضمض ثم يمجه قال : يرش على صدره أحب إلى
فان فعل فوصل الماء إلى حلقه أو ترك الماء فى فيه عابثاً أو للتبرد فالحكم فيه كالحكم
فى الزائد على الثلاث ، لأنه مكروه ولا بأس أن يصب الماء على رأسه من الحر
والعطش لما روى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لقد
رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعرج يصب الماء على رأسه وهو صائم من
العطش أو من الحر رواه أبو داود (١) .

(فصل) ولا باس أن يغتسل الصائم فان عائشة وأم سلمة قالتا . نشهد على
رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كان ليصبح جنباً من غير احتلام ثم يغتسل ثم
يصوم . متفق عليه . وروى أبو بكر بإسناده أن ابن عباس دخل الحمام وهو صائم
هو وأصحاب له فى شهر رمضان ، فأما الغوص فى الماء فقال أحمد فى الصائم يغتمس
فى الماء إذا لم يخف أن يدخل فى مسامعه . وكره الحسن والشعبى أن ينغمس فى
الماء خوفاً أن يدخل فى مسامعه فان دخل فى مسامعه فوصل إلى دماغه من الغسل
المشروع من غير إسراف ولا قصد ، فلا شىء عليه كما لو دخل إلى حلقه من المضمضة
فى الوضوء وإن غاص فى الماء أو أسرف أو كان عابثاً فحكمه حكم الداخل إلى الحلق
من المبالغة فى المضمضة والاستنشاق والزائد على الثلاث والله أعلم .

(فصل) قال إسحاق بن منصور قلت لأحمد : الصائم يمضغ العلك قال لا ،
قال أصحابنا العلك ضربان : أحدهما : ما يتحلل منه أجزاء وهو الردىء الذى إذا
مضغه يتحلل فلا يجوز مضغه إلا أن لا يبلع ريقه فان فعل فنزل إلى حلقه منه شىء
أفطر به كما لو تعمدأ كله . والثانى : العلك القوى الذى كلما مضغه صلب وقوى فهذا

---

(١) وكذا أحمد والنسائى ورجاله رجال الصحيح .

يكره مضغه ولا يحرم ، وممن كرهه الشعبى والنخعى ، ومحمد بن على ، وقتادة والشافعى ، وأصحاب الرأى وذلك لأنه يحلب الفم ويجمع الريق ويورث العطش ورخصت عائشة فى مضغه وبه قال عطاء لأنه لا يصل إلى الجوف فهو كالحصاة يضعها فى فيه ، ومتى مضغه ولم يجد طعمه فى حلقه لم يفطر وإن وجد طعمه فى حلقه ففيه وجهان أحدهما : يفطره كالكحل إذا وجدطعمه فى حلقه ، والثانى : لايفطره لأنه لم ينزل منه شىء ومجرد الطعم لا يفطر بدليل أنه قد قيل . من لطخ باطن قدمه بالحنظل وجد طعمه ولا يفطر بخلاف الكحل . فإن أجزاءه تصل إلى الحلق ويشاهد إذا تنخع قال أحمد : من وضع فى فيه درهماً أو ديناراً وهو صائم ما لم يجد طعمه فى حلقه فلا بأس به وما يجد طعمه فلا يعجبنى . وقال عبد الله : سألت أبى عن الصائم يفتل الخيط قال يعجبنى أن يبزق .

(فصل) قال أحمد : أحب إلى أن يجتنب ذوق الطعام ، فان فعل لم يضره ولا بأس به . قال ابن عباس : لا بأس أن يذوق الطعام الخل والشىء يريد شراءه ، والحسن كان يمضغ الجوز لابن ابنه وهو صائم ورخص فيه إبراهيم . قال ابن عقيل : يكره من غير حاجة ولا بأس به مع الحاجة فان فعل فوجد طعمه فى حلقه أفطر وإلا لم يفطر .

(فصل) قال أحمد لا بأس بالسواك للصائم قال عامر بن ربيعة : رأيت النبى صلى الله عليه وسلم مالاأحصى يتسوك وهو صائم . قال الترمذى هذا حديث حسن . وقال زياد بن حدير : ما رأيت أحداً كان أدوم لسواك رطب وهو صائم من عمر ابن الخطاب ، ولكنه يكون عوداً ذاوياً ، ولم ير أهل العلم بالسواك أول النهار بأساً إذا كان العود يابساً . واستحب أحمد وإسحق : ترك السواك بالعشى . قال أحمد : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، « خلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك الأذفر » لتلك الرائحة لا يعجبنى للصائم أن يستاك بالعشى . واختلفت الرواية عنه فى التسوك بالعود الرطب فرويت عنه الكراهة وهو قول قتادة . والشعبى ، والحكم وإسحق . ومالك فى رواية ، لأنه مغرر بصومه لاحتمال أن يتحلل منه أجزاء إلى حلقه فيفطره ، وروى عنه أنه لا يكره ، وبه قال الثورى . والأوزاعى

وأبو حنيفة ، وروى ذلك عن على وابن عمر وعروة ومجاهد ، لما رويناه من حديث عمر وغيره من الصحابة .

(فصل) ومن أصبح بين أسنانه طعام لم يخل من حالين ، أحدهما : أن يكون يسيراً لا يمكنه لفظه فازدرده فانه لا يفطر به . لأنه لا يمكن التحرز منه فأشبه الريق. قال ابن المنذر : أجمع على ذلك أهل العلم ، الثانى : أن يكون كثيراً يمكن لفظه فإن لفظه فلاشىء عليه ، وإن ازدرده عامداً فسد صومه فى قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لا يفطر : لأنه لا بد أن يبقى بين أسنانه شىء مما يأكله فلا يمكن التحرز منه فأشبه ما يجرى به الريق .

ولنا : أنه بلع طعاما يمكنه لفظه باختياره ذاكراً لصومه فأفطر به كما لو ابتدأ الأكل ، ويخالف ما يجرى به الريق فإنه لا يمكنه لفظه ، فإن قيل يمكنه أن يبصق قلنا لا يخرج جميع الريق ببصاقه ، وإن منع من ابتلاع ريقه كله لم يمكنه .

(فصل) فإن قطر فى إحليله دهناً لم يفطر به سواء وصل إلى المثانة أو لم يصل ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يفطر . لأنه أوصل الدهن إلى جوف فى جسده فأفطر كما لو داوى الجائفة ، ولأن المنى يخرج من الذكر فيفطره وما أفطر بالخارج منه جاز أن يفطر بالداخل منه كالفم .

ولنا : أنه ليس بين باطن الذكر والجوف منفذ ، وإنما يخرج البول رشحاً فالذى يتركه فيه لا يصل إلى الجوف فلا يفطره كالذى يتركه فى فيه ولم يبتلعه .

(الفصل الرابع) إذا قبل فأمنى أو أمذى ولا يخلو المقبل من ثلاثة أحوال ، أحدها : أن لا ينزل فلا يفسد صومه بذلك ، لا نعلم فيه خلافا لما روت عائشة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم وكان أملككم لإربه » رواه البخارى ومسلم ، ويروى بتحريك الراء وسكونها ، قال الخطابى : معناهما واحد وهو حاجة النفس ووطرها ، وقيل بالتسكين : العضو وبالفتح : الحاجة ، وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : هششت فقبلت وأنا صائم فقلت يارسول الله: صنعت اليوم أمراً عظيما قبلت وأنا صائم ، فقال « أرأيت لو تمضمضت من إناء وأنت صائم » قلت لا بأس به ، قال « فمه » رواه أبو داود ، شبه القبلة

بالمضمضة من حيث إنها من مقدمات الشهوة ، وأن المضمضة إذا لم يكن معها نزول الماء لم يفطر وإن كان معها نزوله أفطر ، إلا أن أحمد ضعف هذا الحديث وقال هذا ريح ليس من هذا شيء .

الحال الثانى . أن يمنى فيفطر بغير خلاف نعلمه لما ذكرناه من إيماء الخبرين ولأنه إنزال بمباشرة فأشبه الإنزال بالجماع دون الفرج .

الحال الثالث : أن يمذى فيفطر عند إمامنا ومالك وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يفطر . وروى ذلك عن الحسن ، والشعبى ، والأوزاعى ، لأنه خارج لا يوجب الغسل أشبه البول ،

ولنا : أنه خارج تخلله الشهوه خرج بالمباشرة فأفسد الصوم كالمنى وفارق البول بهذا واللمس لشهوة كالقبلة فى هذا . إذا ثبت هذا : فإن المقبل إذا كان ذا شهوة مفرطة بحيث يغلب على ظنه أنه إذا قبل أنزل لم تحل له القبلة ، لأنها مفسدة لصومه فحرمت كالأكل وإن كان ذا شهوة لكنه لا يغلب على ظنه ذلك كره له التقبيل ، لأنه يعرض صومه للفطر ولا يأمن عليه الفساد ، وقد روى عن عمر أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المنام فأعرض عنى فقلت له مالى ؟ فقال: « إنك تقبل وأنت صائم » ولأن العبادة إذا منعت الوطء منعت القبلة كالإحرام ولا تحرم القبلة فى هذه الحال لما روى أن رجلا قبل وهو صائم فارسل امرأته فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرها النبى صلى الله عليه وسلم أنه يقبل وهو صائم . فقال الرجل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس مثلنا قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر فغضب النبي صلى الله عليه وسلم وقال « إنى لأخشاكم لله وأعلمكم بما أتقى » رواه مسلم بمعناه ، ولأن إفضاءه إلى إفساد الصوم مشكوك فيه ولا يثبت التحريم بالشك ، فأما إن كان ممن لا تحرك القبلة شهوته كالشيخ الهم ففيه روايتان ، إحداهما لا يكره له ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم لما كان مالكا لإربه وغير ذى الشهوة فى معناه .

وقد روى أبو هريرة أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن المباشرة

للصائم فرخص له فأتاه آخر فسأله فنهاه فإذا الذى رخص له شيخ وإذا الذى نهاه شاب أخرجه أبو داود ، ولأنها مباشرة لغير شهوة فأشبهت لمس اليد لحاجة .

والثانية : يكره لأنه لا يأمن حدوث الشهوة ، ولأن الصوم عبادة تمنع الوطء فاستوى فى القبلة فيها من تحرك شهوته وغيره كالإحرام ، فأما اللمس لغير شهوة . كلمس يدها ليعرف مرضها فليس بمكروه بحال ، لأن ذلك لا يكره فى الإحرام فلا يكره فى الصيام كلمس ثوبها .

(فصل) ولو استمنى بيده فقد فعل محرماً ولا يفسد صومه به إلا أن ينزل فان أنزل فسد صومه ، لأنه فى معنى القبلة فى إثارة الشهوة . فأما إن أنزل لغير شهوة كالذى يخرج منه المنى أو المذى لمرض فلا شىء عليه . لأنه خارج لغير شهوة أشبه البول ، ولأنه يخرج عن غير اختيار منه ولا تسبب إليه فأشبه الاحتلام ولو احتلم لم يفسد صومه ، لأنه عن غير اختيار منه فأشبه ما لو دخل حلقه شىء وهو نائم ولو جامع فى الليل فأنزل بعد ما أصبح لم يفطر ، لأنه لم يتسبب إليه فى النهار فأشبه ما لو أكل شيئاً فى الليل فذرعه القىء فى النهار .

(الفصل الخامس) إذا كرر النظر فأنزل ، ولتكرار النظر أيضاً ثلاثة أحوال ، أحدها : أن لا يقترن به إنزال فلا يفسد الصوم بغير اختلاف . الثانى : أن يقترن به إنزال المنى فيفسد الصوم فى قول إمامنا ، وعطاء ، والحسن البصرى ، ومالك ، والحسن بن صالح ، وقال جابر بن زيد ، والثورى ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وابن المنذر : لا يفسد لأنه إنزال عن غير مباشرة أشبه الإنزال بالفكر .

ولنا : أنه إنزال بفعل يتلذذ به ويمكن التحرز منه فأفسد الصوم كالإنزال باللمس ، والفكر لا يمكن التحرز منه بخلاف تكرار النظر. الثالث : مذى بتكرار النظر . فظاهر كلام أحمد : أنه لا يفطر به . لأنه لا نص فى الفطر به ولا يمكن قياسه على إنزال المنى لمخالفته إياه فى الأحكام فيبقى على الأصل فأما إن نظر فصرف بصره لم يفسد صومه سواء أنزل أو لم ينزل . وقال مالك : إن أنزل فسد صومه ، لأنه أنزل بالنظر أشبه ما لو كرره .

ولنا : أن النظرة الأولى لا يمكن التحرز منها فلا يفسد الصوم ما أفضت إليه

كالفكرة ، وعليه يخرج التكرار ، فإذا ثبت هذا : فإن تكرار النظر مكروه لمن يحرك شهوته ، غيرمكروه لمن لا يحرك شهوته كالقبلة ، ويحتمل أن لا يكره بحال لأن إفضاءه إلى الإنزال المفطر بعيد جداً بخلاف القبلة فإن حصول المذى بها ليس ببعيد .

(فصل) فإن فكر فأنزل لم يفسد صومه ، وحكى عن أبى حفص البرمكى أنه يفسد ، واختاره ابن عقيل ، لأن الفكرة تستحضر فتدخل تحت الاختيار بدليل تأثيم صاحبها إذا كانت فى بدعة وكفر ، ومدح الله سبحانه الذين يتفكرون فى خلق السموات والأرض ، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التفكر فى ذات الله ، وأمر بالتفكر فى الآية ، ولو كانت غير مقدور عليها لم يتعلق ذلك بها كالاحتلام ، فأما إن خطر بقلبه صورة الفعل فأنزل لم يفسد صومه ، لأن الخاطر لا يمكن دفعه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم » ولأنه لا نص فى الفطر به ولا إجماع ، ولا يمكن قياسه على المباشرة ولا تكرار النظر ، لأنه دونهما فى استدعاء الشهوة وإفضائه إلى الإنزال ويخالفهما فى التحريم إذا تعلق ذلك بأجنبية أو الكراهة إن كان فى زوجة فيبقى على الأصل .

(الفصل السادس) أن المفسد للصوم من هذا كله ما كان عن عمـــد وقصد . فأما ما حصل منه عن غير قصد كالغبار الذى يدخل حلقه من الطريق ونخل الدقيق ، والذبابة التى تدخل حلقه أو يرش عليه الماء فيدخل مسامعه أو أنفه أو حلقه أو يلقى فى ماء فيصل إلى جوفه أو يسبق إلى حلقه من ماء المضمضة أو يصب فى حلقه أو أنفه شيء كرها أو تداوى مأمومته أو جائفته بغير اختياره أو يحجم كرها أو تقبله امرأة بغير اختياره فينزل أو ما أشبه هذا فلا يفسد صومه لا نعلم فيه خلافا . لأنه لا فعل له فلا يفطر كالاحتلام ، وأما إن أكره على شيء من ذلك بالوعيد ففعله فقال ابن عقيل : قال أصحابنا لا يفطر به أيضاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » قال ويحتمل عندى أن يفطر ، لأنه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه فأشبه المريض يفطر لدفع المرض ومن

يشرب لدفع العطش ويفارق الملجأ ، لأنه خرج بذلك عن حيز الفعل ، ولذلك لا يضاف إليه ولذلك افترقا فيما لو أكره على قتل آدمى وألق عليه .

(الفصل السابع) أنه متى أفطر بشيء من ذلك فعليه القضاء لا نعلم فى ذلك خلافا . لأن الصوم كان ثابتاً فى الذمة فلا تبرأ منه إلا بأدائه ولم يؤده فبقى على ما كان عليه ولا كفارة فى شيء مما ذكرناه فى ظاهر المذهب . وهو قول سعيد بن جبير ، والنخعى ، وابن سيرين ، وحماد ، والشافعى ، وعن أحمد أن الكفارة تجب على من أنزل بلمس أو قبلة أو تكرار نظر لأنه إنزال عن مباشرة أشبه الإنزال بالجماع وعنه فى المحتجم إن كان عالماً بالنهى فعليه الكفارة . وقال عطاء فى المحتجم عليه الكفارة . وقال مالك : تجب الكفارة بكل ما كان هتكا للصوم إلا الردة . لأنه إفطار فى رمضان أشبه الجماع . وحكى عن عطاء ، والحسن ، والزهرى ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق : أن الفطر بالأكل والشرب يوجب ما يوجبه الجماع ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه اعتبر ما يتغذى به أو يتداوى به فلو ابتلع حصاة أو نواة أو فستقة بقشرها فلا كفارة عليه ، واحتجوا بأنه أفطر بأعلى ما فى الباب من جنسه فوجبت عليه الكفارة كالجامع .

ولنا : أنه أفطر بغير جماع فلم توجب الكفارة كبلع الحصاة أو التراب أو كالردة عند مالك ، ولأنه لا نص فى إيجاب الكفارة بهذا ولا إجماع ، ولا يصح قياسه على الجماع ، لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس والحكم فى التعدى به آكد ، ولهذا يجب به الحد إذا كان محرماً ويختص بإفساد الحج دون سائر محظوراته ووجوب البدنة ، ولأنه فى الغالب يفسد صوم اثنين بخلاف غيره .

(فصل) والواجب فى القضاء عن كل يوم يوم فى قول عامة الفقهاء . وقال أحمد : قال إبراهيم ووكيع يصوم ثلاثة آلاف يوم ، وعجب أحمد من قولهما . وقال سعيد بن المسيب : من أفطر يوماً متعمداً يصوم شهراً . وحكى عن ربيعة أنه قال يجب مكان كل يوم اثنا عشر يوماً . لأن رمضان يجزىء عن جميع السنة ، وهى اثنا عشر شهراً .

ولنا : قول الله تعالى (فعدة من أيام أخر) وقال النبي صلى الله عليه وسلم فى

قصة المجامع « صم يوماً مكانه » رواه أبو داود ، ولأن القضاء يكون على حسب الأداء بدليل سائر العبادات ، ولأن القضاء لا يختلف بالعذر وعدمه بدليل الصلاة والحج وما ذكروه تحكم لا دليل عليه . والتقدير : لايصار إليه إلا بنص أو إجماع . وليس معهم واحد منهما . وقول ربيعة : يبطل بالمعذور . وذكر لأحمد حديث أبي هريرة « من أفطر يوما من رمضان متعمداً لم يقضه ولو صام الدهر » فقال ليس يصح هذا الحديث .

« مسألة » قال (وإن فعل ذلك ناسياً فهو على صومه ولا قضاء عليه) .

وجملته : أن جميع ما ذكره الخرقى فى هذه المسألة لا يفطر الصائم بفعله ناسياً وروى عن على رضى الله عنه : لا شىء على من أكل ناسياً وهو قول أبى هريرة وابن عمر وعطاء وطاوس وابن أبى ذئب والأوزاعى والثورى والشافعى وأبى حنيفة وإسحق . وقال ربيعة ، ومالك : يفطر لأن مالا يصح الصوم مع شىء من جنسه عمداً لا يجوز مع سهوه كالجماع وترك النية .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أكل أحدكم أو شرب ناسياً فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه » متفق عليه وفى لفظ « من أكل أو شرب ناسياً فلا يفطر فإنما هو رزق رزقه الله » ولأنها عبادة ذات تحليل وتحريم فكان فى محظوراتها مايختلف عمده وسهوه كالصلاة والحج وأما النية : فليس تركها فعلا ، ولأنها شرط والشروط لا تسقط بالسهو بخلاف المبطلات والجماع حكمه أغلظ ويمكن التحرز عنه .

(فصل) فإن فعل شيئاً من ذلك ، وهو نائم لم يفسد صومه ، لأنه لا قصد له ولا علم بالصوم فهو أعذر من الناسى وذكر أبو الخطاب أن من فعل من هذا شيئاً جاهلا بتحريمه لم يفطر ولم أره عن غيره .

وقول النبى صلى الله عليه وسلم « أفطر الحاجم والمحجوم » فى حق الرجلين اللذين رآهما يحجم أحدهما صاحبه مع جهلهما بتحريمه يدل على أن الجهل لا يعذر به ، ولأنه نوع جهل فلم يمنع الفطر كالجهل بالوقت فى حق من يأكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع ،

« مسألة » قال (ومن استقاء فعليه القضاء ومن ذرعه القيء فلا شيء عليه) .

معنى استقاء: تقيأ مستدعياً للقيء، وذرعه خروج من غير اختيار منه فمن استقاء فعليه القضاء . لأن صومه يفسد به ، ومن ذرعه فلا شيء عليه وهذا قول عامة أهل العلم . قال الخطابي : لا أعلم بين أهل العلم فيه اختلافا . وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إبطال صوم من استقاء عامداً . وحكى عن ابن مسعود ، وابن عباس : أن القيء لا يفطر . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث لا يفطرن الصائم : الحجامة ، والقيء ، والاحتلام » ولأن الفطر بما يدخل لا بما يخرج .

ولنا : ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ذرعه القيء فليس عليه قضاء ومن استقاء عامداً فليقض » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب ورواه أبو داود(١) وحديثهم غير محفوظ يرويه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف في الحديث قاله الترمذي ، والمعنى الذي ذكر لهم يبطل بالحيض والمني .

(فصل) وقليل القيء وكثيره سواء في ظاهر قول الخرقي وهو إحدى الروايات عن أحمد . والرواية الثانية لا يفطر إلا بملء الفم : لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ولكن دسعة تملأ الفم » ولأن اليسير لا ينقض الوضوء فلا يفطر كالبلغم (والثالثة) نصف الفم لأنه ينقض الوضوء فأفطر به كالكثير والأولى أولى لظاهر الحديث الذي رويناه ، ولأن سائر المفطرات لا فرق بين قليلها وكثيرها وحديث الرواية الثانية لانعرف له أصلا . ولافرق بين كون القيء طعاما أو مراراً ، أو بلغما أو دما أو غيره ، لأن الجميع داخل تحت عموم الحديث والمعنى والله تعالى أعلم بالصواب .

---

(١) أنكر أحمد والبخاري وأبو داود هذا الحديث أي جزموا بأنه غير محفوظ وقال النسائي : وقفه عطاء على أبي هريرة ، ولكن صححه الحاكم على شرط الشيخين .

« مسألة » قال (ومن ارتد عن الإسلام فقد أفطر) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن من ارتد عن الإسلام فى أثناء الصوم أنه يفسد صومه ، وعليه قضاء ذلك اليوم إذا عاد إلى الإسلام . سواء أسلم فى أثناء اليوم أو بعد انقضائه وسواء كانت ردته باعتقاده ما يكفر به أو شكه فيما يكفر بالشك فيه أو بالنطق بكلمة الكفر مستهزئاً أو غير مستهزىء قال الله تعالى (ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب ، قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون * لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم) وذلك لأن الصوم عبادة من شرطها النية فأبطلتها الردة كالصلاة والحج ، ولأنه عبادة محضة فنافاها الكفر كالصلاة .

« مسألة » قال (ومن نوى الافطار فقد أفطر) .

هذا الظاهر من المذهب وهو قول الشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى إلا أن أصحاب الرأى قالوا إن عاد فنوى قبل أن ينتصف النهار أجزأه بناء على أصلهم إن الصوم يجزىء بنية من النهار . وحكى عن ابن حامد أن الصوم لا يفسد بذلك لأنها عبادة يلزم المضى فى فاسدها فلم تفسد بنية الخروج منها كالحج .

ولنا : أنها عبادة من شرطها النية ففسدت بنية الخروج منها كالصلاة ولأن الأصل اعتبار النية فى جميع أجزاء العبادة ولكن لما شق اعتبار حقيقتها اعتبر بقاء حكمها وهو أن لا ينوى قطعها فإذا نواه زالت حقيقة وحكما ففسد الصوم لزوال شرطه ، وما ذكره ابن حامد لا يطرد فى غير رمضان ، ولا يصح القياس على الحج فإنه يصح بالنية المطلقة والمبهمة وبالنية عن غيره إذا لم يكن حج عن نفسه فافترقا .

(فصل) فأما صوم النافلة . فإن نوى الفطر ثم لم ينو الصوم بعد ذلك لم يصح صومه ، لأن النية انقطعت ، ولم توجد نية غيرها . فأشبه من لم ينو أصلا وإن عاد فنوى الصوم صح صومه كما لو أصبح غير ناو للصوم . لأن نية الفطر إنما أبطلت الفرض لما فيه من قطع النية المشترطة فى جميع النهار حكماً وخلو بعض أجزاء النهار عنها ، والنفل مخالف للفرض فى ذلك فلم تمنع صحته نية الفطر فى زمن لا يشترط وجود نية الصوم فيه ، ولأن نية الفطر لا تزيد على عدم النية فى ذلك الوقت وعدمها لا يمنع

صحة الصوم إذا نوى بعد ذلك ، فكذلك إذا نوى الفطر ثم نوى الصوم بعده بخلاف الواجب ، فإنه لايصح بنية من النهار وقد روى عن أحمد أنه قال : إذا أصبح صائماً ثم عزم على الفطر فلم يفطر حتى بدا له ثم قال لا بل أتم صومى من الواجب لم يجزئه حتى يكون عازماً على صوم يومه كله ، ولو كان تطوعا كان أسهل ، وظاهر هذا : موافق لما ذكرناه ، وقد دل على صحته أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسأل أهله « هل من غداء ؟ » فإن قالوا لا قال « إنى إذاً صائم » .

(فصل) وإن نوى أنه سيفطر ساعة أخرى . فقال ابن عقيل : هو كنية الفطر فى وقته وإن تردد فى الفطر فعلى وجهين كما ذكرنا فى الصلاة وإن نوى أننى إن وجدت طعاماً أفطرت وإن لم أجد أتممت صومى خرج فيه وجهان أحدهما : يفطر لأنه لم يبق جازما بنية الصوم وكذلك لا يصح ابتداء النية بمثل هذا ، والثانى : لا يفطر . لأنه لم ينو الفطر بنية صحيحة ، فإن النية لا يصح تعليقها على شرط ، ولذلك لا ينعقد الصوم بمثل هذه النية .

« مسألة » قال (ومن جامع فى الفرج فأنزل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزل عامداً أو ساهياً فعليه القضاء والكفارة إذا كان فى شهر رمضان) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن من جامع فى الفرج فأنزل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزل أنه يفسد صومه إذا كان عامداً وقد دلت الأخبار الصحيحة على ذلك وهذه المسألة فيها مسائل أربع ، إحداها : أن من أفسد صوماً واجباً بجماع فعليه القضاء سواء كان فى رمضان أو غيره وهذا قول أكثر الفقهاء . وقال الشافعى فى أحد قوليه : من لزمته الكفارة لاقضاء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر الأعرابى بالقضاء . وحكى عن الأوزاعى أنه قال : إن كفر بالصيام فلا قضاء عليه لأنه صام شهرين متتابعين .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمجامع « وصم يوماً مكانه » رواه أبو داود بإسناده وابن ماجه والأثرم ، ولأنه أفسد يوماً من رمضان فلزمه قضاؤه كما لو أفسده بالأكل أو أفسد صومه الواجب بالإجماع فلزمه قضاؤه كغير رمضان .

(المسألة الثانية) أن الكفارة تلزم من جامع فى الفرج فى رمضان عامداً أنزل أو لم ينزل فى قول عامة أهل العلم . وحكى عن الشعبى ، والنخعى ، وسعيد بن جبير: لا كفارة عليه . لأن الصوم عبادة لا تجب الكفارة بإفساد قضائها فلا تجب فى أدائها كالصلاة .

ولنا : ماروى الزهرى عن حميد بن عبد الرحمن عن أبى هريرة قال : بينا نحن جلوس عند النبى صلى الله عليه وسلم إذ جاءه رجل فقال يا رسول الله هلكت . قال « مالك ؟ » قال وقعت على امرأتى وأنا صائم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هل تجد رقبة تعتقها ؟ » قال لا قال « فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ » قال لا قال « فهل تجد إطعام ستين مسكينا ؟ قال . لا . قال فمكث النبى صلى الله عليه وسلم فبينا نحن على ذلك أتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر — والعرق المكتل — فقال « أين السائل ؟ » فقال أنا . قال « خذ هذا فتصدق به » فقال الرجل : على أفقر منى يا رسول الله ؟ فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر من أهل بيتى ، فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال « أطعمه أهلك » متفق عليه . ولا يجوز اعتبار الأداء فى ذلك بالقضاء ، لأن الأداء يتعلق بزمن مخصوص يتعين به ، والقضاء محله الذمة ، والصلاة لا يدخل فى جبرانها المال بخلاف مسألتنا

(المسألة الثالثة) أن الجماع دون الفرج إذا اقترن به الإنزال فيه عن أحمد روايتان . إحداهما : عليه الكفارة وهذا قول مالك ، وعطاء ، والحسن ، وابن المبارك ، واسحق : لأنه فطر بجماع فأوجب الكفارة كالجماع فى الفرج ، والثانية : لا كفارة فيه ، وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة . لأنه فطر بغير جماع تام فأشبه القبلة ، ولأن الأصل عدم وجوب الكفارة ولا نص فى وجوبها ولا إجماع ولا قياس ولا يصح القياس على الجماع فى الفرج ، لأنه أبلغ بدليل أنه يوجبها من غير إنزال ويجب به الحد إذا كان محرما ويتعلق به اثنا عشر حكما ، ولأن العلة فى الأصل الجماع بدون الإنزال والجماع ههنا غير موجب فلم يصح اعتباره به

(المسألة الرابعة) أنه إذا جامع ناسياً . فظاهر المذهب أنه كالعامد نص عليه

أحمد ، وهو قول عطاء ، وابن الماجشون . وروى أبو داود عن أحمد أنه توقف عن الجواب وقال : أجبن أن أقول فيه شيئاً ، وأن أقول ليس عليه شيء ، قال سمعته غير مرة لا ينفذ له فيه قول . ونقل أحمد بن القاسم عنه : كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره ، قال أبو الخطاب : هذا يدل على إسقاط القضاء والكفارة مع الإكراه والنسيان . وهو قول الحسن ، ومجاهد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأنه معنى حرمه الصوم فاذا وجد منه مكرها أو ناسيا لم يفسده كالأكل ، وكان مالك والأوزاعي والليث يوجبون القضاء دون الكفارة . لأن الكفارة لرفع الإثم وهو محطوط عن الناسي

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الذى قال وقعت على امرأتي بالكفارة ولم يسأله عن العمد ولو افترق الحال لسأل واستفصل ولأنه يجب التعليل بما تناوله لفظ السائل ، وهو الوقوع على المرأة في الصوم ، ولأن السؤال كالمعاد في الجواب فكأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من وقع على أهله في رمضان فليعتق رقبة . فإن قيل ففي الحديث ما يدل على العمد وهو قوله : هلكت . وروى احترقت . قلنا : يجوز أن يخبر عن هلكته لما يعتقده في الجماع مع النسيان من إفساد الصوم وخوفه من غير ذلك ، ولأن الصوم عبادة تحرم الوطء ، فاستوى فيها عمده وسهوه كالحج : ولأن إفساد الصوم ووجوب الكفارة حكمان يتعلقان بالجماع ، لاتسقطها الشبهة . فاستوى فيها العمد والسهو ، كسائر أحكامه

(فصل) ولا فرق بين كون الفرج قبلا أو دبراً ، من ذكر أو أنثى . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، في أشهر الروايتين عنه : لا كفارة في الوطء في الدبر . لانه لا يحصل به الإحلال ولا الإحصان . فلا يوجب الكفارة ، كالوطء دون الفرج .

ولنا : أنه أفسد صوم رمضان بجماع في الفرج . فأوجب الكفارة كالوطء ، وأما الوطء دون الفرج فلنا فيه منع : وإن سلمنا . فلأن الجماع دون الفرج لا يفسد الصوم بمجرده ، بخلاف الوطء في الدبر

(فصل) فأما الوطء في فرج البهيمة ، فذكر القاضي : أنه موجب للكفارة .

لأنه وطء فى فرج موجب للغسل مفسد للصوم . فأشبه وطء الآدمية ، وفيه وجه آخر : لا تجب به الكفارة . وذكره أبو الخطاب : لأنه لا نص فيه ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه . فإنه مخالف لوطء الآدمية فى إيجاب الحد على إحدى الروايتين ، وفى كثير من أحكامه ، ولا فرق بين كون الموطوءة زوجة أو أجنبية أو كبيرة أو صغيرة . لأنه إذا وجب بوطء الزوجة فبوطء الأجنبية أولى .

(فصل) ويفسد صوم المرأة بالجماع بغير خلاف نعلمه فى المذهب . لأنه نوع من المفطرات فاستوى فيه الرجل والمرأة ، كالأكل . وهل يلزمها الكفارة ؟ على روايتين . إحداهما : يلزمها . وهو اختيار أبى بكر وقول مالك ، وأبى حنيفة ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، ولأنها هتكت صوم رمضان بالجماع ، فوجبت عليها الكفارة كالرجل . والثانية : لا كفارة عليها . قال أبو داود : سئل أحمد عمن أتى أهله فى رمضان ، أعليها كفارة ؟ قال : ما سمعنا أن على امرأة كفارة . وهذا قول الحسن . وللشافعى قولان كالروايتين .

ووجه ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر الواطىء فى رمضان أن يعتق رقبة » ولم يأمر فى المرأة بشىء مع علمه بوجود ذلك منها . ولأنه حق مال يتعلق بالوطء من بين جنسه ، فكان على الرجل كالمهر .

(فصل) وإن أكرهت المرأة على الجماع . فلا كفارة عليها رواية واحدة . وعليها القضاء . قال مهنا . سألت أحمد عن امرأة غصبها رجل نفسها فجامعها ، أعليها القضاء ؟ قال : نعم . قلت : وعليها كفارة ؟ قال : لا . وهذا قول الحسن . ونحو ذلك قول الثورى ، والأوزاعى ، وأصحاب الرأى . وعلى قياس ذلك : إذا وطئها نائمة ، وقال مالك فى النائمة : عليها القضاء بلا كفارة ، والمكرهة عليها القضاء والكفارة . وقال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر : إن كان الإكراه بوعيد حتى فعلت ، فكقولنا ، وإن كان إلجاء لم تفطر . وكذلك إن وطئها وهى نائمة . ويخرج من قول أحمد فى رواية ابن القاسم : كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره . أنه لا قضاء عليها إذا كانت ملجأة أو نائمة . لأنها لم يوجد منها فعل

فلم تفطر ، كما لو صب فى حلقها ماء بغير اختيارها ، ووجه الأول : أنه جماع فى الفرج فأفسد الصوم ، كما لو أكرهت بالوعيد ، ولأن الصوم عبادة يفسدها الوطء ، ففسدت به على كل حال ، كالصلاة والحج ، ويفارق الأكل . فإنه يعذر فيه بالنسيان بخلاف الجماع .

(فصل) فإن تساحقت امرأتان فلم ينزلا . فلا شيء عليهما . وإن أنزلتا فسد صومهما ، وهل يكون حكمهما حكم المجامع دون الفرج إذا أنزل . أو لا يلزمهما كفارة بحال ؟ فيه وجهان مبنيان على أن الجماع من المرأة هل يوجب الكفارة ؟ على روايتين . وأصح الوجهين . أنهما لا كفارة عليهما . لأن ذلك ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص عليه . فيبقى على الأصل ، وإن ساحق المجبوب فأنزل . فحكمه حكم من جامع دون الفرج فأنزل .

(فصل) وإن جامعت المرأة ناسية للصوم . فقال أبو الخطاب : حكم النسيان حكم الإكراه لا كفارة عليها فيهما ، وعليها القضاء ، لأن الجماع يحصل به الفطر فى حق الرجل مع النسيان . فكذلك فى حق المرأة . ويحتمل أن لا يلزمها القضاء . لأنه مفسد لا يوجب الكفارة . فأشبه الأكل .

(فصل) وإن أكره الرجل على الجماع فسد صومه . لأنه إذا فسد صوم المرأة فصوم الرجل أولى ، وأما الكفارة . فقال القاضى : عليه الكفارة ، لأن الإكراه على الوطء لا يمكن ، لأنه لا يطأ حتى ينتشر ، ولا ينتشر إلا عن شهوة . فكان كغير المكره . وقال أبو الخطاب : فيه روايتان ، إحداهما : لا كفارة عليه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الكفارة إما أن تكون عقوبة أو ماحية للذنب ، ولا حاجة إليها مع الإكراه ، لعدم الإثم فيه ، ولقول النبى صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن الشرع لم يرد بوجوب الكفارة فيه . ولا يصح قياسه على ما ورد الشرع فيه ، لاختلافهما فى وجود العذر وعدمه ، فأما إن كان نائماً ، مثل إن كان عضوه منتشراً فى حال نومه فاستدخلته امرأته . فقال ابن عقيل : لا قضاء عليه ولا كفارة . وكذلك إن كان إلجاء ، مثل إن غلبته فى حال يقظته على نفسه . وهذا مذهب الشافعى ، لأنه معنى

حرمه الصوم حصل بغير اختياره فلم يفطر به ، كما لو أطارت الريح إلى حلقه ذبابة . وظاهر كلام أحمد : أن عليه القضاء . لأنه قال فى المرأة إذا غصبها رجل نفسها فجامعها : عليها القضاء . فالرجل أولى ، ولأن الصوم عبادة يفسدها الجماع ، فاستوى فى ذلك حالة الاختيار والإكراه كالحج . ولا يصح قياس الجماع على غيره فى عدم الإفساد ، لتأكده بإيجاب الكفارة وإفساده للحج من بين سائر محظوراته ، وإيجاب الحد به إذا كان زنا .

(فصل) ولا تجب الكفارة بالفطر فى غير رمضان فى قول أهل العلم وجمهور الفقهاء . وقال قتادة : تجب على من وطىء فى قضاء رمضان . لأنه عبادة تجب الكفارة فى أدائها . فوجبت فى قضائها ؛ كالحج .

ولنا : أنه جامع فى غير رمضان فلم تلزمه كفارة . كما لو جامع فى صيام الكفارة . ويفارق القضاء الأداء ؛ لأنه متعين بزمان محترم . فالجماع فيه هتك له بخلاف القضاء .

(فصل) وإذا جامع فى أول النهار ، ثم مرض أو جن ، أو كانت امرأة فحاضت أو نفست فى أثناء النهار لم تسقط الكفارة . وبه قال مالك والليث وابن الماجشون وإسحق ، وقال أصحاب الرأى : لا كفارة عليهم : وللشافعى قولان كالمذهبين ، واحتجوا بأن صوم هذا اليوم خرج عن كونه مستحقاً . فلم يجب بالوطء فيه كفارة ، كصوم المسافر ، أو كما لو قامت البينة ، أنه من شوال .

ولنا : أنه معنى طرأ بعد وجوب الكفارة فلم يسقطها كالسفر . ولأنه أفسد صوماً واجباً فى رمضان بجماع تام ، فاستقرت الكفارة عليه ، كما لو لم يطرأ عذر ، والوطء فى صوم المسافر ممنوع ، وإن سلم فالوطء ثم لم يوجب أصلا . لأنه وطء مباح فى سفر أبيح الفطر فيه . بخلاف مسألتنا . وكذا إذا تبين أنه من شوال . فان الوطء غير موجب ، لأنا تبينا أن الوطء لم يصادف رمضان والموجب إنما هو الوطء المفسد لصوم رمضان .

(فصل) إذا طلع الفجر وهو مجامع فاستدام الجماع . فعليه القضاء والكفارة . وبه قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة : يجب القضاء دون الكفارة . لأن وطأه لم يصادف صوماً صحيحاً . فلم يوجب الكفارة ، كما لو ترك النية وجامع .

ولنا : أنه ترك صوم رمضان بجماع أثم به لحرمة الصوم ، فوجبت به الكفارة كما لو وطىء بعد طلوع الفجر . وعكسه إذا لم ينو فإنه يتركه لترك النية لا الجماع ولنا فيه منع أيضاً .

وأما إن نزع في الحال مع أول طلوع الفجر ، فقال ابن حامد والقاضي : عليه الكفارة أيضاً ، لأن النزع جماع يلتذ به ؛ فتعلق به ما يتعلق بالاستدامة كالإيلاج . وقال أبو حفص : لا قضاء عليه ولا كفارة . وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، لأنه ترك للجماع ، فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع ، كما لو حلف لا يدخل داراً وهو فيها فخرج منها كذلك ههنا . وقال مالك : يبطل صومه ولا كفارة عليه . لأنه لا يقدر على أكثر مما فعله في ترك الجماع . فأشبه المكره ، وهذه المسألة تقرب من الاستحالة إذ لا يكاد يعلم أول طلوع الفجر على وجه يتعقبه النزع من غير أن يكون قبله شيء من الجماع . فلا حاجة إلى فرضها والكلام فيها .

(فصل) ومن جامع يظن أن الفجر لم يطلع فتبين أنه كان قد طلع . فعليه القضاء والكفارة . وقال أصحاب الشافعي : لا كفارة عليه ولو علم في أثناء الوطء فاستدام . فلا كفارة عليه أيضاً ، لأنه إذا لم يعلم لم يأثم . فلا يجب به كفارة ، كوطء الناسي . وإن علم فاستدام فقد حصل الوطء الذي يأثم به في غير صوم .

ولنا : حديث المجامع إذ امره النبي صلى الله عليه وسلم بالتكفير من غير تفريق ولا تفصيل . ولأنه أفسد صوم رمضان بجماع تام ، فوجبت عليه الكفارة ، كما لو علم . ووطء الناسي ممنوع . ثم لا يحصل به الفطر على الرواية الأخرى ، بخلاف مسألتنا .

« مسألة » قال (والكفارة عتق رقبة . فإن لم يمكنه فصيام شهرين متتابعين . فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً) .

المشهور من مذهب أبي عبد الله : أن كفارة الوطء في رمضان ككفارة الظهار في الترتيب ، يلزمه العتق إن أمكنه . فإن عجز عنه انتقل إلى الصيام . فإن عجز انتقل إلى إطعام ستين مسكيناً . وهذا قول جمهور العلماء . وبه يقول الثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى : أنها على التخيير

بين العتق والصيام والإطعام ، وبأيها كفر أجزأه . وهو رواية عن مالك . لما روى مالك وابن جريج عن الزهرى عن حميد بن عبد الرحمن عن أبى هريرة « أن رجلا أفطر فى رمضان ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفر بعتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً » رواه مسلم . و « أو » حرف تخيير . ولأنها تجب بالمخالفة . فكانت على التخيير ككفارة اليمين ، وروى عن مالك أنه قال : الذى نأخذ به فى الذى يصيب أهله فى شهر رمضان : إطعام ستين مسكيناً أو صيام ذلك اليوم . وليس التحرير والصيام من كفارة رمضان فى شىء . وهذا القول ليس بشىء ، لمخالفته الحديث الصحيح ، مع أنه ليس له أصل يعتمد عليه ، ولا شىء يستند إليه . وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع .

وأما الدليل على وجوب الترتيب فالحديث الصحيح . رواه معمر ويونس والأوزاعى والليث وموسى بن عقبة وعبيد الله بن عمر وعراك بن مالك وإسماعيل ابن أمية ومحمد بن أبى عتيق وغيرهم عن الزهرى عن حميد بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للواقع على أهله « هل تجد رقبة تعتقها ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد إطعام ستين مسكيناً ؟ قال : لا » وذكر سائر الحديث : وهذا لفظ الترتيب : والأخذ بهذا أولى من رواية مالك . لأن أصحاب الزهرى اتفقوا على روايته هكذا سوى مالك وابن جريج فيما علمنا . واحتمال الغلط فيهما أكثر من احتماله فى سائر أصحابه . ولأن الترتيب زيادة . والأخذ بالزيادة متعين ، ولأن حديثنا لفظ النبى صلى الله عليه وسلم ، وحديثهم لفظ الراوى ، ويحتمل أنه رواه « بأو » لاعتقاده أن معنى اللفظين سواء : ولأنها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكانت على الترتيب ككفارة الظهار والقتل .

(فصل) فإذا عدم الرقبة انتقل إلى صيام شهرين متتابعين . ولا نعلم خلافا فى دخول الصيام فى كفارة الوطء إلا شذوذ لا يعرج عليه لمخالفة السنة الثابتة . ولا خلاف بين من أوجبه أنه شهران متتابعان ، للخبر أيضاً . فإن لم يشرع فى الصيام حتى وجد الرقبة لزمه العتق . لأن النبى صلى الله عليه وسلم سأل المواقع عما يقدر عليه حين أخبره بالعتق ، ولم يسأله عما كان يقدر عليه حال المواقعة . وهى

حالة الوجوب . ولأنه وجد المبـــدل قبل التلبس بالبدل ، فلزمه كما لو كان واجداً له حال الوجوب . وإن شرع فى الصوم قبل القدرة على الإعتاق ثم قدر عليه لم يلزمه الخروج إليه إلا أن يشاء العتق فيجزئه . ويكون قد فعل الأولى ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يلزمه الخروج . لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل . فبطل حكم المبدل كالمتيمم يرى المـاء .

ولنـا : أنه شرع فى الكفارة الواجبة عليه فأجزأته ، كما لو استمر العجز إلى فراغها . وفارق العتق التيمم لوجهين . أحدهما : أن التيمم لا يرفع الحدث . وإنما يستره ، فإذا وجد المـاء ظهر حكمه بخلاف الصوم فإنه يرفع حكم الجماع بالكلية . الثانى : أن الصيام تطول مدته فيشق إلزامه الجمع بينه وبين العتق بخلاف الوضوء والتيمم .

« مسألة » قال (فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، لكل مسكين مد من بر ، أو نصف صاع من تمر أو شعير) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى دخول الإطعام فى كفارة الوطء فى رمضان فى الجملة : وهو مذكور فى الخبر : والواجب فيه : إطعام ستين مسكيناً فى قول عامتهم ، وهو فى الخبر أيضاً ، ولأنه إطعام فى كفارة فيها صوم شهرين متتابعين ، فكان إطعام ستين مسكيناً ككفارة الظهار .

واختلفوا فى قدر مايطعم كل مسكين ؛ فذهب أحمد إلى أن لكل مسكين مد بر ، وذلك خمسة عشر صاعا ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعـــير . فيكون الجميع ثلاثين صاعا ، وقال أبو حنيفة : من البر لكل مسكين نصف صاع . ومن غيره صاع لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث سلمة بن صخر « فأطعم وسقا من تمر » رواه أبو داود ، وقال أبو هريرة « يطعم مداً من أى الأنواع شاء » وبهذا قال عطاء والأوزاعى والشافعى . لمـا روى أبو هريرة فى حديث المجامع « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بمكتل من تمر قدره خمسة عشر صاعا . فقال : خذ هذا فأطعمه عنك » رواه أبو داود .

ولنا : ما روى أحمد حدثنا إسماعيل حدثنا أيوب عن أبى زيد المدنى قال « جاءت امرأة من بنى بياضة بنصف وسق شعير . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للظاهر : أطعم هذا . فإن مدى شعير مكان مد بر » ولأن فدية الأذى نصف صاع من التمر والشعير بلا خلاف . فكذا هذا . والمد من البر : يقوم مقام نصف صاع من غيره . بدليل حديثنا . ولأن الإجزاء بمد منه . قول ابن عمر ، وابن عباس . وأبى هريرة ، وزيد : ولا مخالف لهم فى الصحابة .

وأما حديث سلمة بن صخر فقد اختلف فيه . وحديث أصحاب الشافعى يجوز أن يكون الذى أتى به النبى صلى الله عليه وسلم قاصراً عن الواجب ، فاجتزىء به لعجز المكفر عما سواه .

(فصل) فإن أخرج من الدقيق أو السويق أجزأ . لما ذكرناه فيما تقدم . وإن غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه فى أظهر الروايتين . وهو ظاهر كلام الخرقى . لأنه قدر ما يجزىء فى الدفع بمد أو نصف صاع . وإذا أطعمهم لا يعلم أن كل واحد منهم استوفى الواجب له ، ووجه ذلك : أن النبى صلى الله عليه وسلم بين قدر ما يطعمه كل مسكين بما ذكرنا من الأحاديث . وهى مقيدة لمطلق الإطعام المذكور . والمطلق يحمل على المقيد . ولا يعلم أن كل مسكين استوفى ما يجب له . ولأن الواجب تمليك المسكين طعامه ، والإطعام إباحة وليس بتمليك .

فعلى هذه الرواية : إن أفرد لكل مسكين قدر الواجب له فأطعمه إياه نظرت فان قال له : هذا لك تتصرف فيه كيف شئت أجزأه . لأنه قد ملكه إياه . وإن لم يقل له شيئاً احتمل أن يجزئه . لأنه قد أطعمه ما يجب له . فأشبه مالو ملكه . واحتمل أن لا يجزئه . لأنه لم يملكه إياه . والرواية الثانية : يجزئه أن يجمع ستين مسكيناً فيطعمهم . قال أبو داود : سمعت أحمد يسأل عن امرأة أفطرت رمضانا ثم أدركها رمضان آخر . ثم ماتت . قال . كم أفطرت ؟ قال ثلاثين يوماً . قال فأجمع ثلاثين مسكيناً وأطعمهم مرة واحدة وأشبعهم . وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمجامع « أطعم ستين مسكيناً » وهذا قد أطعمهم . وقال الله تعالى (٥٨ : ٤ فاطعام ستين مسكينا) وقال فى كفارة اليمين (٥ : ٨٩ فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا قد أطعمهم ، وروى عن أنس

« أنه أفطر فى رمضان فجمع المساكين ووضع جفاناً فأطعمهم » ولأنه أطعم ستين مسكيناً فأجزأه ، كما لو ملكه إياه فعلى هذه الرواية : إن أطعمهم قدر الواجب لهم اجزأه . وإن أطعمهم دون ذلك فأشبعهم ، فظاهر كلام أحمد : أنه يجزئه . لأنه قد أطعمهم . ويحتمل أن لا يجزئه . لأنه لم يطعمهم ما وجب لهم .

(فصل) ويجزىء فى الكفارة ما يجزىء فى الفطرة : من البر والشعير ودقيقهما والتمر والزبيب . وفى الأقط وجهان ، وفى الخبز روايتان . وكذلك يخرج فى السويق فإن كان قوته غير ذلك من الحبوب ، كالدخن والذرة والأرز ففيه وجهان : أحدهما لا يجزىء ذكره القاضى . لأنه لا يجزىء فى الفطرة . والثانى : يجزىء . اختاره أبو الخطاب . لقول الله تعالى (٥ : ٨٩ من أوسط ما تطعمون أهليكم) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالاطعام مطلقاً : ولم يرد تقييده بشىء من الأجناس . فوجب إبقاؤه على إطلاقه ، ولأنه أطعم المسكين من طعامه فأجزأه ، كما لو كان طعامه براً فأطعمه منه . وهذا أظهر .

(فصل) وإن عجز عن العتق والصيام والإطعام سقطت الكفارة عنه فى إحدى الروايتين . بدليل أن الأعرابى لما دفع إليه النبى صلى الله عليه وسلم التمر وأخبره بحاجته إليه قال « أطعمه أهلك » ولم يأمره بكفارة أخرى ، وهذا قول الأوزاعى . وقال الزهرى : لابد من التكفير . وهذا خاص لذلك الأعرابى لا يتعداه ، بدليل أنه أخبر النبى صلى الله عليه وسلم باعساره قبل أن يدفع إليه العرق . ولم يسقطها عنه . ولأنها كفارة واجبة . فلم تسقط بالعجز عنها ، كسائر الكفارات ، وهذا رواية ثانية عن أحمد . وهو قياس قول أبى حنيفة والثورى وأبى ثور . وعن الشافعى كالمذهبين .

ولنا : الحديث المذكور . ودعوى التخصيص لا تسمع بغير دليل .

وقولهم : إنه أخبر النبى صلى الله عليه وسلم بعجزه فلم يسقطها . قلنا قد أسقطها عنه بعد ذلك . وهذا آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يصح القياس على سائر الكفارات . لأنه إطراح للنص بالقياس ، والنص أولى . والاعتبار بالعجز فى حالة الوجوب ، وهى حالة الوطء .

« مسألة » قال (وإن جامع فلم يكفر حتى جامع ثانية . فكفارة واحدة) .

وجملة ذلك : أنه إذا جامع ثانيا قبل التكفير عن الأول لم يخل من أن يكون في يوم واحد أو في يومين . فإن كان في يوم واحد فكفارة واحدة تجزئه ، بغير خلاف بين أهل العلم . وإن كان في يومين من رمضان ففيه وجهان : أحدهما : تجزئه كفارة واحدة . وهو ظاهر إطلاق الخرقي . واختيار أبي بكر ، ومذهب الزهري والأوزاعي وأصحاب الرأي . لأنها جزاء عن جناية تكرر سببها قبل استيفائها فيجب أن تتداخل كالحد . والثاني : لاتجزىء واحدة . ويلزمه كفارتان اختاره القاضي وبعض أصحابنا . وهو قول مالك والليث والشافعي وابن المنذر . وروى ذلك عن عطاء ومكحول . لأن كل يوم عبادة منفردة فاذا وجبت الكفارة بافساده لم تتداخل ، كرمضانين وكالحجتين .

« مسألة » قال (وإن كفر ثم جامع ثانيه . فكفارة ثانية) .

وجملته : أنه إذا كفر ثم جامع ثانية . لم يخل من أن يكون في يوم واحد أو في يومين . فان كان في يومين فعليه كفارة ثانية بغير خلاف نعلمه . وإن كان في يوم واحد . فعليه كفارة ثانية نص عليه أحمد ، وكذلك يخرج في كل من لزمه الإمساك وحرم عليه الجماع في نهار رمضان ، وإن لم يكن صائماً مثل من لم يعلم برؤية الهلال إلا بعد طلوع الفجر ، أو نسى النية . أو أكل عامداً ثم جامع . فانه يلزمه كفارة . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا شيء عليه بذلك الجماع . لأنه لم يصادف الصوم . ولم يمنع صحته . فلم يوجب شيئاً كالجماع في الليل .

ولنا : أن الصوم في رمضان عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها . فتكررت بتكرر الوطء إذا كان بعد التكفير كالحج . ولأنه وطء محرم لحرمة رمضان ، فأوجب الكفارة كالأول . وفارق الوطء في الليل . فانه غير محرم .

فان قيل : الوطء الأول تضمن هتك الصوم وهو مؤثر في الإيجاب . فلا يصح إلحاق غيره به . قلنا : هو ملغى بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع . فاستدام . فانه تلزمه الكفارة ، مع أنه لم يهتك الصوم .

(فصل) إذا أصبح مفطراً يعتقد أنه من شعبان ، فقامت البينة بالرؤية .

لزمه الإمساك والقضاء فى قول عامة الفقهاء . إلا ما روى عن عطاء أنه قال : يأكل بقية يومه . قال ابن عبد البر : لا نعلم أحداً قاله غير عطاء . وذكر أبو الخطاب ذلك رواية عن أحمد . ولا أعلم أحداً ذكرها غيره ، وأظن هذا غلطاً . فإن أحمد قد نص على إيجاب الكفارة على من وطىء ثم كفر ثم عاد فوطىء فى يومه . لأن حرمة اليوم لم تذهب . فإذا أوجب الكفارة على غير الصائم لحرمة اليوم ، فكيف يبيح الأكل ؟ ولا يصح قياس هذا على المسافر إذا قدم وهو مفطر وأشباهه . لأن المسافر كان له الفطر ظاهراً وباطناً . وهذا لم يكن له الفطر فى الباطن مباحا . فأشبه من أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع .

فإذا تقرر هذا فإن جامع فيه فعليه القضاء والكفارة ، كالذى أصبح لا ينوى الصيام أو أكل ثم جامع ، وإن كان جماعه قبل قيام البينة فحكمه حكم من جامع يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع على ما مضى فيه .

(فصل) وكل من أفطر والصوم لازم له كالمفطر بغير عذر والمفطر يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع ، أو يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب ، أو الناسى لنية الصوم ونحوهم . يلزمهم الإمساك . لا نعلم بينهم فيه اختلافا ، إلا أنه يخرج على قول عطاء فى المعذور فى الفطر : إباحة فطر بقية يومه ، قياساً على قوله فيما إذا قامت البينة بالرؤية . وهو قول شاذ لم يعرج عليه أهل العلم .

(فصل) فأما من يباح له الفطر فى أول النهار ظاهراً وباطناً كالحائض والنفساء والمسافر والصبى والمجنون والكافر والمريض إذا زالت أعذارهم فى أثناء النهار فطهرت الحائض والنفساء وأقام المسافر وبلغ الصبى وأفاق المجنون وأسلم الكافر وصح المريض المفطر ففيهم روايتان .

إحداهما : يلزمهم الإمساك فى بقية اليوم . وهو قول أبى حنيفة والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح والعنبرى . لأنه معنى لو وجد قبل الفجر أوجب الصيام . فإذا طرأ بعد الفجر أوجب الإمساك كقيام البينة بالرؤية .

والثانية : لا يلزمهم الإمساك . وهو قول مالك والشافعى . وروى ذلك عن جابر بن زيد . وروى عن ابن مسعود أنه قال « من أكل أول النهار فليأكل آخره »

ولأنه أبيح له فطر أول النهار ظاهراً وباطناً . فإذا أفطر كان له أن يستديمه إلى آخر النهار ، كما لو دام العذر . فإذا جامع أحد هؤلاء بعد زوال عذره انبنى على الروايتين فى وجوب الإمساك . فإن قلنا . يلزمه الإمساك . فحكمه حكم من قامت البينة بالرؤية فى حقه إذا جامع . وإن قلنا : لا يلزمه الإمساك . فلا شىء عليه . فإن كان أحد الزوجين من أحد هؤلاء والآخر لا عذر له ، فلكل واحد حكم نفسه ، على ما مضى . وإن كانا جميعاً معذورين . فحكمهما ما ذكرناه ، سواء اتفق عذرهما ، مثل أن يقدما من سفر أو يصحا من مرض ، أو اختلف ، مثل أن يقدم الزوج من سفر وتطهر المرأة من الحيض فيصيبها . وقد روى عن جابر بن يزيد « أنه قدم من سفر فوجد امرأته قد طهرت من حيض فأصابها » فأما إن نوى الصوم فى سفره أو مرضه أو صغره ثم زال عذره فى أثناء النهار . لم يجز له الفطر . رواية واحدة . وعليه الكفارة إن وطىء . وقال بعض أصحاب الشافعى : فى المسافر خاصة ، وجهان . أحدهما : له الفطر . لأنه أبيح له الفطر فى أول النهار ظاهراً وباطناً فكانت له استدامته ، كما لو قدم مفطراً وليس بصحيح . فإن سبب الرخصة زال قبل الترخص ، فلم يكن له ذلك كما لو قدمت به السفينة قبل قصر الصلاة ، وكالمريض يبرأ والصبي يبلغ . وهذا ينقض ما ذكروه . ولو علم الصبى أنه يبلغ فى أثناء النهار بالسن . أو علم المسافر أنه يقدم . لم يلزمهما الصيام قبل زوال عذرهما ، لأن سبب الرخصة موجود . فيثبت حكمها كما لو لم يعلما ذلك .

(فصل) ويلزم المسافر والحائض والمريض القضاء إذا أفطروا ، بغير خلاف لقول الله تعالى (٢ : ١٨٥ فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) والتقدير : فافطر . وقالت عائشة « كنا نحيض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنؤمر بقضاء الصوم » وإن أفاق المجنون أو بلغ الصبى أو أسلم الكافر فى أثناء النهار والصبي مفطر . ففى وجوب القضاء روايتان . إحداهما : لا يلزمهم ذلك لأنهم لم يدركوا وقتاً يمكنهم التلبس بالعبادة فيه . فأشبه ما لو زال عذرهم بعد خروج الوقت . والثانية : يلزمهم القضاء . لأنهم أدركوا بعض وقت العبادة . فلزمهم القضاء ، كما لو أدركوا بعض وقت الصلاة .

« مسألة » قال (وإن أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع . أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب فعليه القضاء » .

هذا قول أكثر أهل العلم من الفقهاء وغيرهم . وحكى عن عروة ومجاهد والحسن وإسحاق : لا قضاء عليهم لما روى زيد بن وهب : قال « كنت جالساً فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فى زمن عمر بن الخطاب فأتينا بعساس فيها شراب من بيت حفصة ، فشربنا ونحن نرى أنه من الليل ثم انكشف السحاب فإذا الشمس طالعة ، قال : فجعل الناس يقولون : نقضى يوماً مكانه . فقال عمر : والله لا نقضيه ما تجانفنا لإثم » ولأنه لم يقصد الأكل فى الصوم فلم يلزمه القضاء كالناسى .

ولنا : أنه أكل مختاراً ذاكراً للصوم فأفطر كما لو أكل يوم الشك . ولأنه جهل بوقت الصيام فلم يعذر به ، كالجهل بأول رمضان . ولأنه يمكن التحرز منه . فأشبه أكل العامد . وفارق الناسى فإنه لا يمكن التحرز منه .

وأما الخبر فرواه الأثرم : أن عمر قال « من أكل فليقض يوماً مكانه » ورواه مالك فى الموطأ أن عمر قال « الخطب يسير » يعنى خفة القضاء . وروى هشام بن عروة عن فاطمة امرأته عن أسماء قالت : « أفطرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يوم غيم ثم طلعت الشمس . قيل لهشام : أمروا بالقضاء ؟ قال لا بد من قضاء » أخرجه البخارى .

(فصل) وإن أكل شاكا فى طلوع الفجر ولم يتبين الأمر . فليس عليه قضاء . وله الأكل حتى يتيقن طلوع الفجر . نص عليه أحمد . وهذا قول ابن عباس وعطاء والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى . وروى معنى ذلك عن أبى بكر الصديق وابن عمر رضى الله عنهم وقال مالك : يجب القضاء . لأن الأصل بقاء الصوم فى ذمته فلا يسقط بالشك . ولأنه أكل شاكا فى النهار والليل . فلزمه القضاء ، كما لو أكل شاكا فى غروب الشمس .

ولنا قول الله تعالى (٢ : ١٨٧ وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض

من الخيط الأسود من الفجر) مد الأكل إلى غاية التبين . وقد يكون شاكا قبل التبين . فلو لزمه القضاء لحرم عليه الأكل . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم — وكان رجلا أعمى لا يؤذن حتى يقال له أصبحت أصبحت » ولأن الأصل بقاء الليل فيكون زمان الشك منه ما لم يعلم يقين زواله ، بخلاف غروب الشمس . فإن الأصل بقاء النهار فبنى عليه .

(فصل) وإن أكل شاكا فى غروب الشمس ، ولم يتبين . فعليه القضاء ، لأن الأصل بقاء النهار ، وإن كان حين الأكل ظاناً أن الشمس قد غربت أو أن الفجر لم يطلع ، ثم شك بعد الأكل ولم يتبين . فلا قضاء عليه . لأنه لم يوجد يقين أزال ذلك الظن الذى بنى عليه ، فأشبه ما لو صلى بالاجتهاد ، ثم شك فى الإصابة بعد صلاته .

« مسألة » قال (ومباح لمن جامع بالليل أن لا يغتسل حتى يطلع الفجر ، وهو على صومه) .

وجملته : أن الجنب له أن يؤخر الغسل حتى يصبح ثم يغتسل ويتم صومه فى قول عامة أهل العلم ، منهم على ، وابن مسعود ، وزيد ، وأبو الدرداء ، وأبو ذر ، وابن عمر ، وابن عباس . وعائشة . وأم سلمة رضى الله عنهم . وبه قال مالك والشافعى فى أهل الحجاز ، وأبو حنيفة ، والثورى فى أهل العراق ، والأوزاعى فى أهل الشام . والليث فى أهل مصر ، وإسحاق . وأبو عبيدة فى أهل الحديث ، وداود فى أهل الظاهر . وكان ابو هريرة يقول « لا صوم له » ويروى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم رجع عنه . قال سعيد بن المسيب ، رجع أبو هريرة عن فتياه ، وحكى عن الحسن وسالم بن عبد الله قال : يتم صومه ويقضى . وعن النخعى فى رواية : يقضى فى الفرض دون التطوع . وعن عروة وطاوس : إن علم بجنابته فى رمضان فلم يغتسل حتى أصبح فهو مفطر ، وإن لم يعلم فهو صائم . وحجتهم حديث أبى هريرة الذى رجع عنه .

ولنا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام قال « ذهبت أنا

وأبي حتى دخلنا على عائشة فقالت : أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كان ليصبح جنباً من جماع من غير احتلام ثم يصومه ثم دخلنا على أم سلمة فقالت مثل ذلك . ثم أتينا ابا هريرة فأخبرناه بذلك ، فقال . هما أعلم بذلك . إنما حدثنيه الفضل بن عباس » متفق عليه قال الخطابي : أحسن ما سمعت في خبر أبي هريرة : أنه منسوخ لأن الجماع كان محرماً على الصائم بعد النوم . فلما أباح الله الجماع إلى طلوع الفجر جاز للجنب إذا أصبح قبل أن يغتسل أن يصوم ، وروت عائشة أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إني أصبح جنباً وأنا أريد الصيام . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وأنا أصبح جنباً وأنا أريد الصيام . فقال له الرجل : يا رسول الله إنك لست مثلنا ، وقد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر . فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : إني لأرجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما أتقي » رواه مالك في موطأه ومسلم في صحيحه .

« مسألة » قال (وكذلك المرأة إذا انقطع حيضها من الليل . فهي صائمة إذا نوت الصوم قبل طلوع الفجر . وتغتسل إذا أصبحت) .

وجملة ذلك : أن الحكم في المرأة إذا انقطع حيضها من الليل كالحكم في الجنب سواء ، ويشترط أن ينقطع حيضها قبل طلوع الفجر . لأنه إن وجد جزء منه في النهار أفسد الصوم . ويشترط أن تنوي الصيام أيضاً من الليل بعد انقطاعه ، لأنه لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ، قال الأوزاعي والحسن بن حي وعبد الملك ابن الماجشون والعنبري : تقضي ، فرطت في الاغتسال أو لم تفرط . لأن حدث الحيض يمنع الصوم بخلاف الجنابة .

ولنا : أنه حدث يوجب الغسل ، فتأخير الغسل منه إلى أن يصبح لا يمنع صحة الصوم كالجنابة . وما ذكروه لا يصح ، فإن من طهرت من الحيض ليست حائضا ، وإنما عليها حدث موجب للغسل . فهي كالجنب . فإن الجماع الموجب للغسل لو وجد في الصوم أفسده كالحيض ، وبقاء وجوب الغسل منه كبقاء وجوب الغسل من الحيض ، وقد استدل بعض أهل العلم بقول الله تعالى (٢ : ١٨٧ فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض

من الخيط الأسود من الفجر) فلما أباح المباشرة إلى تبين الفجر علم أن الغسل إنما يكون بعده .

« مسألة » قال (والحامل إذا خافت على جنينها والمرضع على ولدها أفطرتا ، وقضتا ، وأطعمتا عن كل يوم مسكينا)

وجملة ذلك : أن الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما فلهما الفطر ، وعليهما القضاء فحسب . لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافا . لأنهما بمنزلة المريض الخائف على نفسه ، وإن خافتا على ولديهما أفطرتا وعليهما القضاء وإطعام مسكين عن كل يوم . وهذا يروى عن ابن عمر . وهو المشهور من مذهب الشافعي ، وقال الليث : الكفارة على المرضع دون الحامل ، وهو إحدى الروايتين عن مالك . لأن المرضع يمكنها أن تسترضع لولدها بخلاف الحامل ، ولأن الحمل متصل بالحامل . فالخوف عليه كالخوف على بعض أعضائها ، وقال عطاء والزهري والحسن وسعيد بن جبير والنخعي وأبو حنيفة ة لا كفارة عليهما . لما روى أنس بن مالك رجل من بني كعب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم — أو الصيام — والله لقد قالها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما أو كليهما » رواه النسائي والترمذي وقال : هذا حديث حسن ، ولم يأمره بكفارة . ولأنه فطر أبيح لعــــذر . فلم يجب به كفارة كالفطر للمرض .

ولنا قول الله تعالى (٢ : ١٨٤ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين) وهما داخلتان في عموم الآية ، قال ابن عباس «كانت رخصة للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة وهما يطيقان الصيام أن يفطرا ويطعما مكان كل يوم مسكينا ، والحبلى والمرضع إذا خافتا على أولادهما أفطرتا وأطعمتا » رواه أبو داود ، وروى ذلك عن ابن عمر ، ولا مخالف لهما في الصحابة ، ولأنه فطر بسبب نفس عاجزة من طريق الخلقة ؛ فوجبت به الكفارة كالشيخ الهم . وخبرهم لم يتعرض للكفارة ، فكانت موقوفة على الدليل كالقضاء . فإن الحديث لم يتعرض له ، والمريض أخف حالا من هاتين ، لأنه يفطر بسبب نفسه .

إذا ثبت هذا : فإن الواجب فى إطعام المسكين مد بر . أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ، والخلاف فيه كالخلاف فى إطعام المساكين فى كفارة الجماع .

إذا ثبت هذا : فإن القضاء لازم لها ، وقال ابن عمر وابن عباس « لا قضاء عليهما . لأن الآية تناولتهما وليس فيها إلا الإطعام ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن الله وضع عن الحامل والمرضع الصوم » .

ولنا أنهما يطيقـــان القضاء . فلزمهما كالحائض والنفساء . والآية أوجبت الإطعام ولم تتعرض للقضاء . فأخذناه من دليل آخر . والمراد بوضع الصوم وضعه فى مدة عذرهما ، كما جاء فى حديث عمرو بن أمية عن النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله وضع عن المسافر الصوم » ولا يشبهان الشيخ الهم ، لأنه عاجز عن القضاء وهما يقدران عليه ، قال أحمد : أذهب إلى حديث أبى هريرة ، يعنى ولا أقول بقول ابن عباس ، وابن عمر فى منع القضاء .

« مسألة » قال (وإذا عجز عن الصوم لكبر أفطر ، وأطعم لكل يوم مسكيناً) .

وجملة ذلك : أن الشيخ الكبير والعجوز إذا كان يجهدهما الصوم ويشق عليهما مشقة شـــديدة ، فلهما أن يفطرا ويطعما لكل يوم مسكيناً . وهـذا قول على وابن عباس وأبى هريرة وأنس وسعيد بن جبير وطاوس وأبى حنيفة والثورى والأوزاعى ، وقال مالك ، لا يجب عليه شيء . لأنه ترك الصوم لعجزه فلم تجب فدية كما لو تركه لمرض اتصل به الموت ، وللشافعى قولان كالمذهبين .

ولنـا الآية وقول ابن عباس فى تفسيرها « نزلت رخصة للشيخ الكبير » ولأن الأداء صوم واجب : فجاز أن يسقط إلى الكفارة كالقضاء ، وأما المريض إذا مات فلا يجب الإطعام . لأن ذلك يؤدى إلى أن يجب على الميت ابتداء ، بخلاف ما إذا أمكنه الصوم فلم يفعل حتى مات . لأن وجوب الإطعام يستند إلى حال الحياة ، والشيخ الهم له ذمة صحيحة . فإن كان عاجزاً عن الإطعام أيضاً فلا شيء عليه و (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) .

(فصل) والمريض الذى لا يرجى برؤه يفطر ويطعم لكل يوم مسكيناً . لأنه فى معنى الشيخ ، قال أحمد رحمه الله فيمن به شهوة الجماع غالبة لا يملك نفسه ويخاف

أن تفشق أنثياه أطعم . أباح له الفطر لأنه يخاف على نفسه فهو كالمريض ومن يخاف على نفسه الهلاك لعطش أو نحوه وأوجب الإطعام بدلا عن الصيام . وهذا محمول على من لا يرجو إمكان القضاء ، فإن رجا ذلك فلا فدية عليه . والواجب انتظار القضاء وفعله إذا قدر عليه لقوله تعالى (٢ : ١٨٥ فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وإنما يصار إلى الفدية عند اليأس من القضاء ، فإن أطعم مع يأسه ثم قدر على الصيام احتمل أن لا يلزمه . لأن ذمته قد برئت بأداء الفدية التي كانت هي الواجبه عليه . فلم يعدل إلى الشغل بما برئت منه ، ولهذا قال الخرقي: فمن كان مريضاً لا يرجى برؤه ، أو شيخاً لا يستمسك على الراحلة أقام من يحج عنه ويعتمر وقد أجزأعنه وإن عوفى، واحتمل أن يلزمه القضاء لأن الإطعام بدل يأس وقد تبينا ذهاب اليأس فأشبه من اعتدت بالشهور عند اليأس من الحيض ثم حاضت .

« مسألة » قال (وإذا حاضت المرأة أو نفست أفطرت وقضت . فإن صامت لم يجزئها) .

أجمع أهل العلم على أن الحائض والنفساء لا يحل لهما الصوم ، وأنهما يفطران رمضان ويقضيان ، وأنهما إذا صامتا لم يجزئهما الصوم . وقد قالت عائشة « كنا نحيض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة » متفق عليه . والأمر إنما هو للنبي صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو سعيد : قال النبي صلى الله عليه وسلم « أليس إحداكن إذا حاضت لم تصل ولم تصم ، فذلك من نقصان دينها » رواه البخاري ، والحائض والنفساء سواء ، لأن دم النفاس هو دم الحيض وحكمه حكمه ، ومتى وجد الحيض فى جزء من النهار فسد صوم ذلك اليوم سواء وجد فى أوله أو فى آخره ، ومتى نوت الحائض الصوم وأمسكت مع علمها بتحريم ذلك أثمت ولم يجزئها .

« مسألة » قال (فإن أمكنها القضاء فلم تقض حتى ماتت ، أطعم عنها لكل يوم مسكين) .

وجملة ذلك : أن من مات وعليه صيام من رمضان لم يخل من حالين . أحدهما : أن يموت قبل إمكان الصيام ، إما لضيق الوقت أو لعذر من مرض أو سفر أو عجز عن الصوم ، فهذا لا شيء عليه فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن طاوس وقتادة أنهما قالا : يجب الإطعام عنه ، لأنه صوم واجب سقط بالعجز عنه ، فوجب الإطعام عنه ، كالشيخ الهم إذا ترك الصيام لعجزه عنه .

ولنا : أنه حق لله تعالى وجب بالشرع ، مات من يجب عليه قبل إمكان فعله . فسقط إلى غير بدل ، كالحج ، ويفارق الشيخ الهم ، فإنه يجوز ابتداء الوجوب عليه بخلاف الميت .

الحال الثانى : أن يموت بعد إمكان القضاء ، فالواجب أن يطعم عنه لكل يوم مسكين ، وهذا قول أكثر أهل العلم « روى ذلك عن عائشه وابن عباس ، وبه قال مالك والليث والأوزاعى والثورى والشافعى والخزرجى وابن علية وأبو عبيد فى الصحيح عنهم ، وقال أبو ثور : يصام عنه ، وهو قول الشافعى ، لما روت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » متفق عليه، وروى عن ابن عباس نحوه .

ولنا : ما روى ابن ماجه عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكيناً » قال الترمذى : الصحيح عن ابن عمر موقوف : وعن عائشة أيضاً قالت « يطعم عنه فى قضاء رمضان ، ولا يصام عنه » وعن ابن عباس « أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر ؟ يصوم شهراً وعليه صوم رمضان ، قال : أما رمضان فليطعم عنه ، وأما النذر فيصام عنه » رواه الأثرم فى السنن . ولأن الصوم لا تدخله النيابة حال الحياة ، فكذلك بعد الوفاة كالصلاة .

فأما حديثهم فهو فى النذر ، لأنه قد جاء مصرحا به فى بعض ألفاظه كذلك . رواه البخارى عن ابن عباس قال « قالت امرأة . يا رسول الله ، إن أمى ماتت وعليها صوم نذر ؛ أفأقضيه عنها ؟ قال : أرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه ، أكان يؤدى ذلك عنها ؟ قالت : نعم ، قال فصومى عن أمك » وقالت عائشة وابن عباس كقولنا . وهما راويا حديثهم . فدل ذلك على ما ذكرناه

(فصل) فأما صوم النذر فيفعله الولى عنه . وهذا قول ابن عباس والليث وأبي عبيد وأبي ثور . وقال سائر من ذكرنا من الفقهاء : يطعم عنه ، لما ذكرنا في صوم رمضان .

ولنا : الأحاديث الصحيحة التي رويناها قبل هذا ، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع ، وفيها غنية عن كل قول ، والفرق بين النذر وغيره أن النيابة تدخل العبادة بحسب خفتها(١) . والنذر أخف حكما لكونه لم يجب بأصل الشرع ، وإنما أوجبه الناذر على نفسه .

إذا ثبت هذا فإن الصوم ليس بواجب على الولى . لأن النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين . ولا يجب على الولى قضاء دين الميت . وإنما يتعلق بتركته إن كانت له تركة . فإن لم يكن له تركة فلا شيء على وارثه ، لكن يستحب أن يقضى عنه لتفريغ ذمته وفك رهانه . كذلك ههنا . ولا يختص ذلك بالولى ، بل كل من صام عنه قضى ذلك عنه وأجزأ . لأنه تبرع . فأشبه قضاء الدين عنه .

(مسألة) قال (فإن لم تمت المفرطة حتى أظلها شهر رمضان آخر صامته ، ثم قضت ما كان عليها ، ثم أطعمت لكل يوم مسكيناً . وكذلك حكم المريض والمسافر في الموت والحياة إذا فرطا في القضاء) .

وجملة ذلك : أن من عليه صوم من رمضان فله تأخيره ما لم يدخل رمضان آخر . لما روت عائشة قالت « كان يكون على الصيام من شهر رمضان ، فما أقضيه حتى يجيء شعبان » متفق عليه . ولا يجوز له تأخير القضاء إلى رمضان آخر من غير عذر . لأن عائشة رضي الله عنها لم تؤخره إلى ذلك ، ولو أمكنها لأخرته . ولأن

---

(١) كيف يتعبد أحد عن أحد ؟ والعبادة : هي اخلاص الذل والمحبة لله . فهل يمكن لأحد أن يؤمن عن أحد ؟ والله تعالى يقول (وما ادراك مايوم الدين . ثم ما أدراك ما يوم الدين ؟ يوم لا تملك نفس لنفس شيئاً) والصواب الذى نطق به القرآن والسنة الصحيحة : أن الله يجزى كل أحد عبادته هو . والله أعلم . وكتبه محمد حامد الفقى .

الصوم عباده متكررة ، فلم يجز تأخير الأولى عن الثانية ، كالصلوات المفروضة . فإن أخره عن رمضان آخر ، نظرنا : فإن كان لعذر فليس عليه إلا القضاء . وإن كان لغير عذر فعليه مع القضاء إطعام مسكين لكل يوم . وبهذا قال ابن عباس وابن عمر وأبو هريرة ومجاهد وسعيد بن جبير ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق . وقال الحسن والنخعى وأبو حنيفة : لافدية عليه ، لأنه صوم واجب ، فلم يجب عليه فى تأخيره كفارة ، كما لو أخر الأداء والنذر .

ولنا : ما روى عن ابن عمر وابن عباس وأبى هريرة أنهم قالوا : أطعم عن كل يوم مسكيناً : ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافهم . وروى مسنداً من طريق ضعيف . ولأن تأخير صوم رمضان عن وقته إذا لم يوجب القضاء أوجب الفدية كالشيخ الهرم .

(فصل) فإن أخره لغير عذر حتى أدركه رمضانان أو أكثر لم يكن عليه أكثر من فدية مع القضاء . لأن كثرة التأخير لا يزداد بها الواجب كما لو أخر الحج الواجب سنين لم يكن عليه أكثر من فعله .

(فصل) فان مات المفرط بعد أن أدركه رمضان آخر أطعم عنه لكل يوم مسكين واحد . نص عليه أحمد فيما روى عنه أبو داود : أن رجلا سأله عن امرأة أفطرت رمضان . ثم أدركها رمضان آخر ثم ماتت ؟ قال : يطعم عنها . قال له السائل : كم أطعم ؟ قال : كم أفطرت ؟ قال ثلاثين يوما . قال : اجمع ثلاثين مسكيناً وأطعمهم مرة واحدة وأشبعهم . قال : ما أطعمهم ؟ قال خبزاً ولحماً إن قدرت من أوسط طعامكم ، وذلك لأنه باخراج كفارة واحدة أزال تفريطه بالتأخير ، فصار كما لو مات من غير تفريط . وقال أبو الخطاب : يطعم عنه لكل يوم فقيران . لأن الموت بعد التفريط بدون التأخير عن رمضان آخر يوجب كفارة ، والتأخير بدون الموت يوجب كفارة . فاذا اجتمعا وجبت كفارتان كما لو فرط فى يومين .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فى جواز التطوع بالصوم ممن عليه صوم فرض . فنقل عنه حنبل أنه قال : لا يجوز له أن يتطوع بالصوم ، وعليه صوم

من الفرض حتى يقضيه يبدأ بالفرض . وإن كان عليه نذر صامه يعنى بعد الفرض .

وروى حنبل عن أحمد بإسناده عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من صام تطوعا وعليه من رمضان شىء لم يقضه : فانه لا يتقبل منه حتى يصومه » ولأنه عبادة يدخل فى جبرانها المال . فلم يصح التطوع بها قبل أداء فرضها كالحج . وروى عن أحمد : أنه يجوز له التطوع . لأنها عبادة تتعلق بوقت موسع . فجاز التطوع فى وقتها قبل فعلها كالصلاة يتطوع فى أول وقتها . وعليه يخرج الحج . ولأن التطوع بالحج يمنع فعل واجبه المعين ، فأشبه صوم التطوع فى رمضان بخلاف مسألتنا . والحديث يرويه ابن لهيعة . وفيه ضعف . وفى سياقه ما هو متروك . فانه قال فى آخره « ومن أدركه رمضان وعليه من رمضان شىء لم يتقبل منه » ويخرج فى التطوع بالصلاة فى حق من عليه القضاء مثل ما ذكرنا فى الصوم .

(فصل) واختلفت الرواية فى كراهة القضاء فى عشر ذى الحجة . فروى أنه لا يكره . وهو قول سعيد بن المسيب والشافعى وإسحاق . لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أنه كان يستحب قضاء رمضان فى العشر . ولأنه أيام عبادة . فلم يكره القضاء فيه كعشر المحرم .

والثانية : يكره القضاء فيه . روى ذلك عن الحسن والزهرى . لأنه يروى عن على رضى الله عنه : أنه كرهه . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما من أيام العمل الصالح فيها أحب إلى الله عز وجل من هذه الأيام — يعنى أيام العشر — قالوا : يا رسول الله ولا الجهاد فى سبيل الله ؟ قال : ولا الجهاد فى سبيل الله ، إلا رجل خرج بنفسه وماله ، فلم يرجع بشىء » فاستحب إخلاؤها للتطوع لينال فضيلتها . ويجعل القضاء فى غيرها . وقال بعض أصحابنا : هاتان الروايتان مبنيتان على الروايتين فى إباحة التطوع قبل صوم الفرض وتحريمه . فمن أباحه كره القضاء فيها ليوفرها على التطوع لينال فضيلته فيها مع فعل القضاء . ومن حرمه لم يكرهه فيها بل استحب فعله فيها ، لئلا يخلو من العبادة بالكلية . ويقوى عندى أن هاتين الروايتين فرع على إباحة التطوع قبل الفرض : أما على رواية التحريم :

فيكون صومها تطوعاً قبل الفرض محرماً(١) وذلك أبلغ من الكراهة . والله أعلم .

« مسألة » قال (وللمريض أن يفطر إذا كان الصوم يزيد فى مرضه . فإن تحمل وصام كره له ذلك ، وأجزأه)

أجمع أهل العلم على إباحة الفطر للمريض فى الجملة . والأصل فيه قوله تعالى (٢ : ١٨٧ فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) والمرض المبيح للفطر هو الشديد الذى يزيد بالصوم أو يخشى تباطؤ برئه . قيل لأحمد : متى يفطر المريض ؟ قال : إذا لم يستطع ، قيل : مثل الحمى . قال : وأى مرض أشد من الحمى ؟ وحكى عن بعض السلف : أنه أباح الفطر بكل مرض حتى من وجع الأصبع والضرس ، لعموم الآية فيه ، ولأن المسافر يباح له الفطر وإن لم يحتج إليه . فكذلك المريض .

ولنا : أنه شاهد للشهر لا يؤذيه الصوم . فلزمه كالصحيح . والآية مخصوصة فى المسافر والمريض جميعا ، بدليل أن المسافر لا يباح له الفطر فى السفر القصير(٢) والفرق بين المسافر والمريض : أن السفر اعتبرت فيه المظنة وهو السفر الطويل ، حيث لم يمكن اعتبار الحكمة بنفسها . فإن قليل المشقة لا يبيح ، وكثيرها لا ضابط له فى نفسه ، فاعتبرت بمظنتها ، وهو السفر الطويل . فدار الحكم مع المظنة وجوداً وعدماً . والمرض لا ضابط له . فإن الأمراض تختلف منها ما يضر صاحبه الصوم ، ومنها ما لا أثر للصوم فيه ، كوجع الضرس وجرح فى الأصبع والدمل والقرحة اليسيرة والجرب وأشباه ذلك(٣) فلم يصلح المرض ضابطاً . وأمكن اعتبار الحكمة، وهو ما يخاف منه الضرر . فوجب اعتباره .

---

(١) أى فيكون صومها بقصد التطوع حراماً

(٢) فيه أن تخصيص السفر بالطويل لا يدل عليه نص ولا إجماع . وإنما هو رأى لبعض الفقهاء كما حققه شيخ الإسلام ابن تيمية فى رسالة له طويلة

(٣) ومنها ما يكون الصوم علاجا لها أو مفيداً فيها كالتخمة والاسهال

فإذا ثبت هذا فإن تحمل المريض وصام مع هذا فقد فعل مكروها لما يتضمنه من الاضرار بنفسه، وتركه تخفيف الله تعالى وقبول رخصته . ويصح صومه ويجزئه . لأنه عزيمة أبيح تركها رخصة . فإذا تحمله أجزأه كالمريض الذى يباح له ترك الجمعة إذا حضرها . والذى يباح له ترك القيام فى الصلاة إذا قام فيها .

(فصل) والصحيح أن الذى يخشى المرض بالصيام كالمريض الذى يخاف زيادته فى إباحة الفطر . لأن المريض إنما أبيح له الفطر خوفا مما يتجدد بصيامه من زيادة المرض وتطاوله . فالخوف من تجدد المرض فى معناه . قال أحمد فيمن به شهوة غالبة للجماع يخاف أن تنشق أنثياه : فله الفطر . وقال فى الجارية : تصوم إذا حاضت . فإن جهدها الصوم فلتفطر ولتقض — يعنى إذا حاضت وهى صغيرة لم تبلغ خمس عشرة سنة . قال القاضى : هذا إذا كانت تخاف المرض بالصيام أبيح لها الفطر ، وإلا فلا

(فصل) ومن أبيح له الفطر لشدة شبقه ، إن أمكنه استدفاع الشهوة بغير جماع ، كالاستمناء بيده أو يد امرأته أو جاريته لم يجز له الجماع . لأنه فطر للضرورة فلم تبح له الزيادة على ما تندفع به الضرورة . كأكل الميتة عند الضرورة . وإن جامع فعليه الكفارة . وكذلك إن أمكنه دفعها بما لا يفسد صوم غيره كوطء زوجته أو أمته الصغيرة أو الكتابية ، أو مباشرة الكبيرة المسلمة دون الفرج ، أو الاستمناء بيدها أو بيده لم يبح له إفساد صوم غيره ، لأن الضرورة إذا اندفعت لم يبح له ما وراءها ، كالشبع من الميتة إذا اندفعت الضرورة بسد الرمق . وإن لم تندفع الضروره إلا بافساد صوم غيره أبيح ذلك . لأنه مما تدعو الضرورة إليه فأبيح كفطره وكالحامل والمرضع يفطران خوفاً على ولديهما . فان كان له امرأتان حائض وطاهر صائمة ودعته الضرورة إلى وطء إحداهما احتمل وجهين .

أحدهما : وطء الصائمة أولى ، لأن الله تعالى نص على النهى عن وطء الحائض فى كتابه . ولأن وطأها فيه أذى لا يزول بالحاجة إلى الوطء .

والثانى : يتخير . لأن وطء الصائمة يفسد صيامها ، فتتعارض المفسدتان فيتساويان

« مسألة » قال (وكذلك المسافر)

يعنى أن المسافر يباح له الفطر . فان صام كره له ذلك وأجزأه ، وجواز الفطر للمسافر ثابت بالنص والإجماع ، وأكثر أهل العلم على أنه إن صام أجزأه ، ويروى عن أبي هريرة : أنه لا يصح صوم المسافر ، قال أحمد : كان عمر وأبو هريرة يأمرانه بالاعادة ، وروى الزهرى عن أبي سلمة عن أبيه عبد الرحمن بن عوف أنه قال « الصائم فى السفر كالمفطر فى الحضر » وقال بهذا قوم من أهل الظاهر . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس من البر الصوم فى السفر » متفق عليه ، ولأنه عليه السلام أفطر فى السفر ، فلما بلغه أن قوما صاموا قال « أولئك هم العصاة » وروى ابن ماجة باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الصائم فى رمضان فى السفر كالمفطر فى الحضر » وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول ، قال ابن عبد البر : هذا قول يروى عن عبد الرحمن بن عوف ، هجره الفقهاء كلهم . والسنة ترده . وحجتهم ماروى عن حمزة بن عمرو الأسلمى أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم « أصوم فى السفر ؟ — وكان كثير الصيام — قال : إن شئت فصم ، وإن شئت فافطر » وفى لفظ رواه النسائى : أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « أجد قوة على الصيام فى السفر ، فهل على جناح ؟ قال : هى رخصة الله ، فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه » وقال أنس « كنا نسافر مع النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم » متفق عليه . وكذلك روى أبو سعيد . وأحاديثهم محمولة على تفضيل الفطر على الصيام .

(فصل) والأفضل عند إمامنا رحمه الله الفطر فى السفر ، وهو مذهب ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والشعبي والأوزاعى وإسحاق ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : الصوم أفضل لمن قوى عليه ، ويروى ذلك عن أنس وعثمان بن أبي العاص . واحتجوا بما روى عن مسلمة بن المحبق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كانت له حمولة يأوى إلى شبع فليصم رمضان حيث أدركه » رواه أبو داود ولأن من خير بين الصوم والفطر كان الصوم له أفضل كالتطوع ، وقال عمر ابن عبد العزيز ومجاهد وقتادة : أفضل الأمرين أيسرهما . لقول الله تعالى

(٢ : ١٨٧ يريد الله بكم اليسر) ولما روى أبو داود عن حمزة بن عمرو قال : قلت « يا رسول الله ، إنى صاحب ظهر أعالجه وأسافر عليه وأكريه ، وإنه ربما صادفنى هذا الشهر — يعنى رمضان — وأنا أجد القوة ، وأنا شاب ، وأجدنى أن أصوم يا رسول الله أهون على من أن أؤخر فيكون ديناً على ، أفأصوم يا رسول الله أعظم لأجرى ؛ أم أفطر ؟ قال : أى ذلك شئت ياحمزة » .

ولنا : ما تقدم من الأخبار فى الفصل الذى قبله ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « خيركم الذى يفطر فى السفر ويقصر » ولأن فى الفطر خروجاً من الخلاف ، فكان أفضل كالقصر . وقياسهم ينتقض بالمريض وبصوم الأيام المكروه صومها .

« مسألة » قال (وقضاء شهر رمضان متفرقا يجزىء . والمتتابع أحسن) .

هذا قول ابن عباس وأنس بن مالك وأبى هريرة وابن محيريز وأبى قلابة ومجاهد وأهل المدينة والحسن وسعيد بن المسيب وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة . وإليه ذهب مالك وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق . وحكى وجوب التتابع عن على وابن عمر والنخعى والشعبى ، وقال داود : يجب ولا يشترط . لما روى ابن المنذر بإسناده عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من كان عليه صوم رمضان فليسرده ولا يقطعه » .

ولنا : اطلاق قول الله تعالى (٢ : ١٨٧ فعدة من أيام أخر) غير مقيد بالتتابع .

فان قيل : فقد روى عن عائشة أنها قالت « نزلت (فعدة من أيام أخر — متتابعات) فسقطت « متتابعات » » .

قلنا : هذا لم يثبت عندنا صحته ، ولو صح فقد سقطت اللفظة المحتج بها : وأيضاً قول الصحابة ، قال ابن عمر « إن سافر فان شاء فرق وإن شاء تابع » وروى مرفوعا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو عبيدة بن الجراح فى قضاء رمضان « إن الله لم يرخص لكم فى فطره . وهو يريد أن يشق عليكم فى قضائه » وروى الأثرم باسناده عن محمد بن المنكدر أنه قال « بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

سئل عن تقطيع قضاء رمضان ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو كان على أحدكم دين فقضاه من الدرهم والدرهمين حتى يقضى ما عليه من الدين هل كان ذلك قاضياً دينه ، قالوا : نعم يارسول الله قال : فالله أحق بالعفو والتجاوز منكم ، ولأنه صوم لا يتعلق بزمان بعينه . فلم يجب فيه التتابع كالنذر المطلق ، وخبرهم لم يثبت صحته . فإن أهل السنن لم يذكروه ، ولو صح حملناه على الاستحباب فإن المتتابع أحسن لما فيه من موافقة الخبر والخروج من الخلاف وشبهه بالأداء . والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن دخل فى صيام تطوع فخرج منه ، فلا قضاء عليه . فإن قضاه فحسن) .

وجملة ذلك : أن من دخل فى صيام تطوع استحب له إتمامه ولم يجب . فإن خرج منه فلا قضاء عليه . وروى عن ابن عمر وابن عباس أنهما أصبحا صائمين ثم أفطرا وقال ابن عمر « لا بأس به مالم يكن نذراً أو قضاء رمضان » وقال ابن عباس « إذا صام الرجل تطوعاً ثم شاء أن يقطعه قطعه . وإذا دخل فى صلاة تطوعاً ثم شاء أن يقطعها قطعها » وقال ابن مسعود « متى أصبحت تريد الصوم فأنت على آخر النظرين ؛ إن شئت صمت وإن شئت أفطرت » فهذا مذهب أحمد والثورى والشافعى وإسحاق . وقد روى حنبل عن أحمد : إذا أجمع على الصيام فأوجبه على نفسه فأفطر من غير عذر أعاد يوماً مكان ذلك اليوم . وهذا محمول على أنه استحب ذلك أو نذره ليكون موافقاً لسائر الروايات عنه . وقال النخعى وأبو حنيفة ومالك : يلزم فى الشروع فيه ولا يخرج منه إلا بعذر . فإن خرج قضى . وعن مالك : لاقضاء عليه .

واحتج من أوجب القضاء بما روى عن عائشة أنها قالت « أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين . فأهدى لنا حيس ، فأفطرنا ؛ ثم سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال . اقضيا يوماً مكانه » ولأنها عبادة تلزم بالنذر فلزمت بالشروع فيها كالحج والعمرة .

ولنا : ما روى مسلم وأبو داود والنسائى عن عائشة قالت « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فقال : هل عندكم شىء ، فقلت : لا . قال . فإنى صائم ،

ثم مر بعد ذلك اليوم . وقد أهدى إلى حيس . فخبأت له منه ، وكان يحب الحيس . قلت : يا رسول الله إنه أهدى لنا حيس ، فخبأت لك منه قال : أدنيه . أما إنى قد أصبحت وأنا صائم . فأكل منه . ثم قال لنا : إنما مثل صوم التطوع مثل الرجل يخرج من ماله الصدقة . فإن شاء أمضاها وإن شاء حبسها » هذا لفظ رواية النسائى . وهو أتم من غيره ، وروت أم هانىء قالت « دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتى بشراب ، فناولنيه فشربت منه . ثم قلت : يارسول الله لقد أفطرت وكنت صائمة . فقال لها : أكنت تقضين شيئاً ؟ قالت : لا . قال : فلا يضرك إن كان تطوعا » رواه سعيد وأبو داود والأثرم . وفى لفظ قالت « قلت : إنى صائمة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن المتطوع أمير نفسه . فإن شئت فصومى وإن شئت فأفطرى » ولأن كل صوم لو أتمه كان تطوعاً إذا خرج منه لم يجب قضاؤه كما لو اعتقد أنه من رمضان فبان من شعبان أو من شوال .

فأما خبرهم . فقال أبو داود : لا يثبت . وقال الترمذى : فيه مقال ، وضعفه الجوزجانى وغيره ثم هو محمول على الاستحباب .

إذا ثبت هذا : فانه يستحب له إتمامه وإن خرج منه استحب قضاؤه للخروج من الخلاف ، وعملا بالخبر الذى رووه .

(فصل) وسائر النوافل من الأعمال حكمها حكم الصيام فى أنها لا تلزم بالشروع ، ولا يجب قضاؤها إذا خرج منها إلا الحج والعمرة فإنهما يخالفان سائر العبادات فى هذا ، لتأكد إحرامهما . ولا يخرج منهما بإفسادهما ، ولو اعتقد أنهما واجبان ولم يكونا واجبين لم يكن له الخروج منهما . وقد روى عن أحمد فى الصلاة ما يدل على أنها تلزم بالشروع . فان الأثرم قال : قلت لأبى عبد الله : الرجل يصبح صائماً متطوعا أيكون بالخيار ؟ والرجل يدخل فى الصلاة له أن يقطعها ؟ فقال : الصلاة أشد . أما الصلاة فلا يقطعها . قيل له : فان قطعها قضاها ؟ قال : إن قضاها فليس فيه اختلاف ، ومال أبو إسحاق الجوزجانى إلى هذا القول ، وقال : الصلاة ذات إحرام وإحلال . فلزمت بالشروع فيها كالحج . وأكثر أصحابنا : على أنها لا تلزم أيضاً . وهو قول ابن عباس ، لأن ما جاز تركه جميعه جاز ترك بعضه كالصدقة ، والحج والعمرة يخالفان غيرهما .

(فصل) ومن دخل فى واجب كقضاء رمضان أو نذر معين أو مطلق أو صيام كفارة لم يجز له الخروج منه . لأن المتعين وجب عليه الدخول فيه ، وغير المتعين تعين بدخوله فيه ، فصار بمنزلة الفرض المتعين . وليس فى هذا خلاف بحمد الله .

« مسألة » قال (وإذا كان للغلام عشر سنين وأطاق الصيام أخذ به)

يعنى أنه يلزم الصيام يؤمر به ويضرب على تركه ليتمرن عليه ويتعوده كما يلزم الصلاة ويؤمر بها . وممن ذهب إلى أنه يؤمر بالصيام إذا أطاقه : عطاء والحسن وابن سيرين والزهرى وقتادة والشافعى . وقال الأوزاعى : إذا أطاق صوم ثلاثة أيام تباعا لا يخور فيهن ولا يضعف حمل صوم شهر رمضان ، وقال إسحاق : إذا بلغ ثنتى عشرة أحب أن يكلف الصوم للعادة واعتباره بالعشر أولى . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالضرب على الصلاة عندها ، واعتبار الصوم بالصلاة أحسن لقرب إحداهما من الأخرى واجتماعهما فى أنهما عبادتان بدنيتان من أركان الإسلام ، إلا أن الصوم أشق فاعتبرت له الطاقة ، لأنه قد يطيق الصلاة من لا يطيقه .

(فصل) ولا يجب عليه الصوم حتى يبلغ ، قال أحمد فى غلام احتلم : صام ولم يترك ، والجارية إذا حاضت . وهذا قول أكثر أهل العلم . وذهب بعض أصحابنا إلى إيجابه على الغلام المطيق له إذا بلغ عشراً . لما روى ابن جريج عن محمد بن عبد الرحمن بن أبى لبيبة عن أبيه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أطاق الغلام صيام ثلاثة أيام وجب عليه صيام شهر رمضان » ولأنه عبادة بدنية . أشبه الصلاة . وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بأن يضرب على الصلاة من بلغ عشراً والمذهب الأول . قال القاضى : المذهب عندى رواية واحدة : أن الصلاة والصوم لا تجب حتى يبلغ . وما قاله أحمد فيمن ترك الصلاة يقضيها نحمله على الاستحباب وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » ولأنه عبادة بدنية فلم تجب على الصبى كالحج . وحديثهم مرسل ثم نحمله على الاستحباب ؛ وسماه واجباً تأكيداً لاستحبابه : كقوله عليه السلام « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » .

(فصل) إذا نوى الصبى الصوم من الليل فبلغ فى أثناء النهار بالاحتلام

أو السن ، فقال القاضي : يتم صومه ولا قضاء عليه . لأن نية صوم رمضان حصلت ليلا فيجزئه كالبالغ . ولا يمتنع أن يكون أول الصوم نفلا وباقيه فرضاً ، كما لو شرع في صوم يوم تطوعاً ثم نذر إتمامه . واختار أبو الخطاب أنه يلزمه القضاء . لأنه عبادة بدنيـة بلغ في أثنائها بعد مضي بعض أركانها فلزمته إعادتها كالصلاة والحج إذا بلغ بعد الوقوف . وهذا لأنه ببلوغه يلزمه صوم جميعه والماضي قبل بلوغه نفل. فلم يجز عن الفرض . ولهذا لو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم والناذر صائم لزمه القضاء . فأما ما مضى من الشهر قبل بلوغه فلا قضاء عليه ، وسواء كان قد صامه أو أفطره هذا قول عامة أهل العلم . وقال الأوزاعي : يقضيه إن كان أفطره وهو مطيق لصيامه .

ولنا : أنه زمن مضى في حال صباه فلم يلزمه قضاء الصوم فيه كما لو بلغ بعد انسلاخ رمضان . وإن بلغ الصبي وهو مفطر فهل يلزمه إمساك ذلك اليوم وقضاؤه؟ على روايتين .

« مسألة » قال (وإذا أسلم الكافر في شهر رمضان صام ما يستقبل من بقية شهره) .

أما صوم ما يستقبله من بقيـة شهره فلا خلاف فيه . وأما قضاء ما مضى من الشهر قبل إسلامه فلا يجب وبهذا قال الشعبي وقتادة ومالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال عطاء : عليه قضاؤه وعن الحسن كالمذهبين .

ولنا : أن ما مضى عبـادة خرجت في حال كفره فلم يلزمه قضاؤه كالرمضان الماضي .

(فصل) فأما اليوم الذي أسلم فيـه فإنه يلزمه إمساكه ويقضيه هذا المنصوص عن أحمد . وبه قال الماجشون وإسحق . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر : لا قضاء عليه . لأنه لم يدرك من زمن العبادة ما يمكنه التلبس بها فيه . وأشبه ما لو أسلم بعد خروج اليوم . وقد روى ذلك عن أحمد .

ولنا : أنه أدرك جزءاً من وقت العبـادة فلزمته ، كما لو أدرك جزءاً من وقت الصلاة .

(فصل) فأما المجنون إذا أفاق فى أثناء الشهر فعليه صوم ما بقى من الأيام بغير خلاف . وفى قضاء اليوم الذى أفاق فيه وإمساكه روايتان . ولا يلزمه قضاء ما مضى . وبهذا قال أبو ثور والشافعى فى الجديد . وقال مالك : يقضى وإن مضى عليه سنون . وعن أحمد مثله ، وهو قول الشافعى القديم . لأنه معنى يزيل العقل ، فلم يمنع وجوب الصوم كالإغماء . وقال أبو حنيفة : إن جن جميع الشهر فلا قضاء عليه ، وإن أفاق فى أثنائه قضى ما مضى ، لأن الجنون لا ينافى الصوم . بدليل مالو جن فى أثناء الصوم لم يفسد . فإذا وجد فى بعض الشهر وجب القضاء كالإغماء .

ولنا : أنه معنى يزيل التكليف ، فلم يجب القضاء فى زمانه كالصغر والكفر ويخص أبا حنيفة بأنه معنى لو وجد فى جميع الشهر أسقط القضاء . فإذا وجد فى بعضه أسقطه ، كالصغر والكفر ، ويفارق الإغماء فى ذلك .

« مسألة » قال (وإذا رأى هلال شهر رمضان وحده صام) .

المشهور فى المذهب : أنه متى رأى الهلال واحد لزمه الصيام عدلا كان أو غير عدل ، شهد عند الحاكم أو لم يشهد ، قبلت شهادته أو ردت . وهذا قول مالك والليث والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر . وقال عطاء وإسحق : لا يصوم ، وقد روى حنبل عن أحمد : لا يصوم إلا فى جماعة الناس . وروى نحوه عن الحسن وابن سيرين ، لأنه يوم محكوم به من شعبان ، فأشبه التاسع والعشرين .

ولنا : أنه تيقن أنه من رمضان فلزمه صومه كما لو حكم به الحاكم ، وكونه محكوماً به من شعبان ظاهر فى حق غيره ، وأما فى الباطن فهو يعلم أنه من رمضان فلزمه صيامه كالعدل .

(فصل) فإن أفطر ذلك اليوم بجماع فعليه الكفارة ، وقال أبو حنيفة : لا تجب ، لأنها عقوبة . فلا تجب بفعل مختلف فيه كالحد .

ولنا : أنه أفطر يوماً من رمضان بجماع فوجبت به عليه الكفارة كما لو قبلت شهادته ، ولا نسلم أن الكفارة عقوبة ، ثم قياسهم ينتقض بوجوب الكفارة فى السفر القصير مع وقوع الخلاف فيه .

« مسألة » قال (وإن كان عدلا صوم الناس بقوله) .

المشهور عن أحمد : أنه يقبل فى هلال رمضان قول واحد عدل ويلزم الناس الصيام بقوله ، وهو قول عمر وعلى وابن عمر وابن المبارك والشافعى فى الصحيح عنه ، وروى عن أحمد أنه قال : اثنين أعجب إلى ، قال أبو بكر : إن رآه وحده ثم قدم المصر صام الناس بقوله ، على ما روى فى الحديث ، وإن كان الواحد فى جماعة الناس فذكر أنه رآه دونهم لم يقبل إلا قول اثنين ، لأنهم يعاينون ما عاين ، وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه ، لا يقبل إلا شهادة اثنين ، وهو قول مالك والليث والأوزاعى وإسحق ، لما روى عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب ، أنه خطب الناس فى اليوم الذى يشك فيه ، فقال : إنى جالست أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألتهم ، وإنهم حدثونى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : صوموا لرؤيته ، وافطروا لرؤيته ، وانسكوا ، فإن غم عليكم فأتموا ثلاثين ، وإن شهد شاهدان ذوا عدل فصوموا وأفطروا » رواه النسائى . ولأن هذه شهادة على رؤية الهلال . فأشبهت الشهادة على هلال شوال ، وقال أبو حنيفة فى الغيم كقولنا . وفى الصحو : لا يقبل إلا الاستفاضة ، لأنه لا يجوز أن تنظر الجماعة إلى مطالع الهلال وأبصارهم صحيحة ، والموانع مرتفعة ، فيراه واحد دون الباقين .

ولنا : ماروى ابن عباس قال . « جاء أعرابى إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال: رأيت الهلال . قال : أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ؟ قال : نعم. قال : يا بلال أذن فى الناس فليصوموا غداً » . رواه أبو داود والنسائى والترمذى. وروى ابن عمر قال : تراءى الناس الهلال ، فأخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم إنى رأيته . فصام وأمر الناس بصيامه . رواه أبو داود (١) ولأنه خبر عن وقت

---

(١) ليس فى الخبرين أن الناس تراءوا الهلال فلم يره إلا واحد فهما فى غير محل النزاع ولا سيما مع أبى حنيفة وبهذا يبطل كل ما بنى عليهما . ولا يرد عليه العمل بشهادة الاثنين أيضاً إذ لأن عنده من الاستفاضة فى هذه الحال ولا عبرة برؤية حديد البصر لأنه نادر الوجود فلا يناط برؤيته ما يتعلق بجمهور الأمة . وأما حكم الحاكم فيرفع كل خلاف تفاديا من الشقاق وتفرق الكلمة . وكتبه محمد رشيد رضا .

الفريضة فيما طريقه المشاهدة فقبل من واحد ، كالخبر بدخول وقت الصلاة . ولأنه خبر دينى يشترك فيه المخبر والمخبر ، فقبل من واحد عدل كالرواية . وخبرهم إنما يدل بمفهومه . وخبرنا أشهر منه . وهو يدل بمنطوقه . فيجب تقديمه . ويفارق الخبر عن هلال شوال . فإنه خروج من العبادة وهذا دخول فيها . وحديثهم فى هلال شوال يخالف مسألتنا ، وما ذكره أبو بكروأبو حنيفة لا يصح . لأنه يجوز انفراد الواحد به مع لطافة المرئى وبعده . ويجوز أن تختلف معرفتهم بالمطالع ومواضع قصدهم وحدة نظرهم . ولهذا لو حكم برؤيته حاكم بشهادة واحد جاز ، ولو شهد شاهدان وجب قبول شهادتهما ، ولو كان ممتنعا على ما قالوه لم يصح فيه حكم حاكم ولا يثبت بشهادة اثنين ، ومن منع ثبوته بشهادة اثنين رد عليه الخبر الأول ، وقياسه على سائر الحقوق وسائر الشهود . ولو أن جماعة فى محفل فشهد اثنان منهم على رجل منهم أنه طلق زوجته أو أعتق عبده ، قبلت شهادتهما دون من أنكر ، ولو أن اثنين من أهل الجمعة شهدا على الخطيب أنه قال على المنبر فى الخطبة شيئاً لم يشهد به غيرهما لقبلت شهادتهما . وكذلك لو شهدا عليه بفعل وإن كان غيرهما يشاركهما فى سلامة السمع وصحة البصر(١) كذا ههنا .

(فصل) وإن أخبره مخبر برؤية الهلال يثق بقوله لزمه الصوم ، وإن لم يثبت ذلك عند الحاكم . لأنه خبر بوقت العبادة يشترك فيه المخبر والمخبر . أشبه الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والخبر عن دخول وقت الصلاة . ذكر ذلك ابن عقيل ، ومقتضى هذا : أنه يلزمه قبول الخبر ، وإن رده الحاكم . لأن رد الحاكم يجوز أن يكون لعدم علمه بحال المخبر . ولا يتعين ذلك فى عدم العدالة ، وقد يجهل الحاكم عدالة من يعلم غيره عدالته .

---

(١) هذا عجيب . والمعقول أن يكون عدم شهادة الجمع الكثير علة فى سقوط شهادتهما . لأنهم حضروا وسمعوا ورأوا مثلهما . وللإمام ابن القيم كلام قيم جداً فى هذا فى كتاب الطرق الحكمية ينبغى الرجوع إليه . فإنه تحقيق فقيه بصير .
وكتبه محمد حامد الفقى

(فصل) فإن كان المخبر امرأة فقياس المذهب قبول قولها . وهو قول أبي حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى . لأنه خبر دينى . فأشبه الرواية ، والخبر عن القبلة ودخول وقت الصلاة ، ويحتمل أن لا تقبل . لأنه شهادة برؤية الهلال . فلم يقبل فيه قول امرأة كهلال شوال .

« مسألة » قال (ولا يفطر إلا بشهادة اثنين) .

وجملة ذلك : أنه لا يقبل فى هلال شوال إلا شهادة اثنين عدلين ، فى قول الفقهاء جميعهم ، إلا أبا ثور فإنه قال : يقبل قول واحد . لأنه أحد طرفى شهر رمضان . أشبه الأول ، ولأنه خبر يستوى فيه المخبر والمخبر أشبه الرواية واخبار الديانات .

ولنا : خبر عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب ، وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أجاز شهادة رجل واحد على رؤية الهلال ، وكان لا يجيز على شهادة الافطار إلا شهادة رجلين » ولأنها شهادة على هلال لا يدخل بها فى العبادة ، فلم تقبل فيه إلا شهادة اثنين كسائر الشهور . وهذا يفارق الخبر . لأن الخبر يقبل فيه قول المخبر مع وجود المخبر عنه وفلان عن فلان ، وهذا لا يقبل فيه ذلك فافترقا .

(فصل) ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، ولا شهادة النساء المنفردات وإن كثرن ، وكذلك سائر الشهور . لأنه مما يطلع عليه الرجال وليس بمال ، ولا يقصد به المال . فأشبه القصاص . وكان القياس يقتضى مثل ذلك فى رمضان ولكن تركناه احتياطا للعبادة .

(فصل) وإذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثين يوما ولم يروا هلال شوال أفطروا وجهاً واحداً ، وإن صاموا بشهادة واحد فلم يروا الهلال ففيه وجهان .

أحدهما : لا يفطرون . لقوله عليه السلام «وإن شهد اثنان فصوموا وأفطروا» ولأنه فطر فلم يجز أن يستند إلى شهادة واحد ، كما لو شهد بهلال شوال .

والثانى : يفطرون . وهو منصوص الشافعى . ويحكى عن أبى حنيفة ، لأن الصوم إذا وجب وجب الفطر لاستكمال العدة لا بالشهادة ، وقد يثبت تبعاً مالا يثبت

أصلا . بدليل أن النسب لا يثبت بشهادة النساء ، وتثبت بها الولادة ، فإذا ثبتت الولادة ثبت النسب على وجه التبع للولادة كذا ههنا ، وإن صاموا لأجل الغيم لم يفطروا وجهاً واحداً . لأن الصوم إنما كان على وجه الاحتياط فلا يجوز الخروج منه بمثل ذلك . والله أعلم .

« مسألة » قال (ولا يفطر إذا رآه وحده) .

وروى هذا عن مالك والليث . وقال الشافعي : يحل له أن يأكل حيث لا يراه أحد . لأنه يتيقنه من شوال . فجاز له الأكل كما لو قامت به بينة .

ولنا ماروى أبو رجاء عن أبي قلابة « أن رجلين قدما المدينة ، وقد رأيا الهلال ، وقد أصبح الناس صياماً . فأتيا عمر . فذكرا ذلك له . فقال لأحدهما أصائم أنت ؟ قال : بل مفطر ، قال : ما حملك على هذا ؟ قال : لم أكن لأصوم وقد رأيت الهلال ، وقال للآخر ، قال : أنا صائم ، قال : ماحملك على هذا ؟ قال : لم أكن لأفطر والناس صيام ، فقال للذى أفطر : لولا مكان هذا لأوجعت رأسك . ثم نودى فى الناس : أن اخرجوا » أخرجه سعيد عن ابن علية عن أيوب عن أبي رجاء ، وإنما أراد ضربه لإفطاره برؤيته ، ودفع عنه الضرب لكمال الشهادة به وبصاحبه ، ولو جاز له الفطر لما أنكر عليه ولا توعده ، وقالت عائشة « إنما يفطر يوم الفطر الإمام وجماعة المسلمين » ولم يعرف لهما مخالف فى عصرهما . فكان إجماعا ، ولأنه يوم محكوم به من رمضان ، فلم يجز الفطر فيه كاليوم الذى قبله ، وفارق ما إذا قامت البينة . فإنه محكوم به من شوال ، بخلاف مسألتنا .

وقولهم : إنه يتيقن أنه من شوال ، قلنا : لا يثبت اليقين . لأنه يحتمل أن يكون الرائى خيل إليه . كما روى أن رجلا فى زمن عمر قال « لقد رأيت الهلال ، فقال له : امسح عينك ، فمسحها ، ثم قال له : تراه ؟ قال : لا قال لعل شعرة من حاجبك تقوست على عينك فظننتها هلالا » أو ما هذا معناه .

(فصل) فإن رآه اثنان ولم يشهدا عند الحاكم جاز لمن سمع شهادتهما الفطر

إذا عرف عدالتهما والكل واحد منهما الفطر بقولهما . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وإذا شهد اثنان فصوموا وأفطروا » وإن شهدا عند الحاكم فرد شهادتهما لجهله بحالهما فلمن علم عدالتهما الفطر بقولهما . لأن رد الحاكم ههنا ليس بحكم منه . وإنما هو توقف لعدم علمه . فهو كالوقوف عن الحكم انتظاراً للبينة ، ولهذا لو ثبتت عدالتهما بعد ذلك حكم بها ، وإن لم يعرف أحدهما عدالة صاحبه لم يجز له الفطر ، إلا أن يحكم بذلك الحاكم ، لئلا يفطر برؤيته وحده :

« مسألة » قال (وإذا اشتبهت الأشهر على الأسير ، فإن صام شهراً يريد به شهر رمضان فوافقه أو ما بعده أجزأه . وإن وافق ما قبله لم يجزه .

وجملته : أن من كان محبوساً أو مطموراً ، أو فى بعض النواحى النائية عن الأمصار لا يمكنه تعرف الأشهر بالخبر فاشتبهت عليه الأشهر . فإنه يتحرى ويجتهد ، فاذا غلب على ظنه عن أمارة تقوم فى نفسه دخول شهر رمضان صامه ، ولا يخلو من أربعة أحوال .

أحدها : أن لا ينكشف له الحال . فان صومه صحيح ، ويجزئه . لأنه أدى فرضه باجتهاده . فأجزأه كما لو صلى فى يوم الغيم بالاجتهاد .

الثانى : أن ينكشف له أنه وافق الشهر أو ما بعده . فانه يجزئه فى قول عامة الفقهاء ، وحكى عن الحسن بن صالح . أنه لا يجزئه فى هاتين الحالتين ، لأنه صامه على الشك . فلم يجزئه كما لو صام يوم الشك فبان من رمضان . وليس بصحيح . لأنه أدى فرضه بالاجتهاد فى محله ، فاذا أصاب أو لم يعلم الحال أجزأه كالقبلة إذا اشتبهت ، أو الصلاة فى يوم الغيم إذا اشتبه وقتها . وفارق يوم الشك ، فانه ليس بمحل الاجتهاد ، فان الشرع أمر بالصوم عند أمارة عينها فما لم توجد لم يجز الصوم .

الحال الثالث : وافق قبل الشهر فلا يجزئه فى قول عامة الفقهاء ، وقال بعض الشافعية : يجزئه فى أحد الوجهين ، كما لو اشتبه يوم عرفة فوقفوا قبله .

ولنا : أنه أتى بالعبادة قبل وقتها فلم يجزئه كالصلاة فى يوم الغيم . وأما الحج

فلا نسلمه إلا فيما إذا أخطأ الناس كلهم لعظم المشقة عليهم ، وإن وقع ذلك لنفر منهم لم يجزئهم ، ولأن ذلك لا يؤمن مثله فى القضاء بخلاف الصوم .

الحال الرابع : أن يوافق بعضه رمضان دون بعض ، فما وافق رمضان أو بعده أجزأه ، وما وافق قبله لم يجزئه .

(فصل) وإذا وافق صومه بعد الشهر اعتبر أن يكون ما صامه بعدة أيام شهره الذى فاته سواء وافق ما بين هلالين أو لم يوافق ، وسواء كان الشهران تامين أو ناقصين ، ولا يجزئه أقل من ذلك ، وقال القاضى : ظاهر كلام الخرقى : أنه إذا وافق شهراً بين هلالين أجزأه ، سواء كان الشهران تامين أو ناقصين ، أو أحدهما تاما والآخر ناقصاً ، وليس بصحيح . فإن الله تعالى قال (فعدة من أيام أخر) ولأنه فاته شهر رمضان فوجب أن يكون صيامه بعدة ما فاته ، كالمريض والمسافر ، وليس فى كلام الخرقى تعرض لهذا التفصيل . فلا يجوز حمل كلامه على ما يخالف الكتاب والصواب .

فإن قيل : أليس إذا نذر صوم شهر يجزئه ما بين هلالين .

قلنا : الإطلاق يحمل على ما تناوله الاسم ، والاسم يتناول ما بين الهلالين . وههنا يجب قضاء ما ترك . فيجب أن يراعى فيه عدة المتروك ، كما أن من نذر صلاة أجزأه ركعتان ، ولو ترك صلاة وجب قضاؤها بعدة ركعاتها ، كذلك ههنا الواجب بعدة ما فاته من الأيام سواء كان ما صامه بين هلالين أو من شهرين ، فإن دخل فى صيامه يوم عيد لم يعتد به ، وإن وافق أيام التشريق ، فهل يعتد بها ؟ على روايتين بناء على صحة صومها عن الفرض .

(فصل) وإن لم يغلب على ظن الأسير دخول رمضان فصام لم يجزئه وإن وافق الشهر . لأنه صامه على الشك فلم يجزئه ، كما لو نوى ليلة الشك : إن كان غداً من رمضان فهو فرضى ، وإن غلب على ظنه من غير أمارة فقال القاضى : عليه الصيام ، ويقضى إذا عرف الشهر ، كالذى خفيت عليه دلائل القبلة ويصلى على حسب حاله ويعيد ، وذكر أبو بكر فيمن خفيت عليه دلائل القبلة هل يعيد ؟ على وجهين . كذلك يخرج على قوله ههنا ، وظاهر كلام الخرقى : أنه يتحرى ،

فمتى غلب على ظنه دخول الشهر صح صومه ، وإن لم يبن على دليـــل . لأنه ليس فى وسعه معرفة الدليل . ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وقد ذكرنا مثل هذا فى القبلة .

(فصل) وإذا صام تطوعاً فوافق شهر رمضان لم يجزئه . نص عليه أحمد . وبه قال الشافعى ، وقال أصحاب الرأى : يجزئه . وهذا ينبنى على تعيين النية لرمضان وقد مضى القول فيه .

« مسألة » قال (ولا يصام يوما العيدين ، ولا أيام التشريق ، لا عن فرض ولا عن تطوع . فإن قصد لصيامها كان عاصيا ، ولم يجزئه عن الفرض) .

أجمع أهل العلم على أن صومى العيدين منهى عنه محرم فى التطوع والنذر المطلق والقضاء والكفارة ، وذلك لما روى أبو عبيد مولى بن أزهر قال : شهدت العيد مع عمر بن الخطاب ، فجاء فصلى ثم انصرف ، فخطب الناس . فقال . إن هذين يومين نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيامهما . يوم فطركم من صيامكم ، والآخر يوم تأكلون فيه من نسككم » وعن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يومين يوم فطر ويوم أضحى » وعن أبى سعيد مثله . متفق عليهما ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه وتحريمه . وأما صومهما عن النذر المعين ففيه خلاف . نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

« مسألة » قال (وفى أيام التشريق عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يصومها عن الفرض) .

وجملة ذلك : أن أيام التشريق منهى عن صيامها أيضاً . لما روى نبيشة الهذلى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل » متفق عليه ، وروى عن عبد الله بن حذافة قال « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام منى أنادى . أيها الناس ، إنها أيام أكل وشرب وبعال » إلا أنه من رواية الواقدى وهو ضعيف ، وعن عمرو بن العاص أنه قال « هذه الأيام التى كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بإفطارها وينهى عن صيامها » قال مالك : وهى أيام التشريق ، رواه أبو داود.

ولا يحل صيامها تطوعاً فى قول أكثر أهل العلم ، وعن ابن الزبير : أنه كان يصومها ، وروى نحو ذلك عن ابن عمر والأسود بن يزيد ، وعن أبى طلحة : أنه كان لا يفطر إلا يومى العيدين . والظاهر : أن هؤلاء لم يبلغهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيامها ولو بلغهم لم يعدوه إلى غيره ، وقد روى أبو مرة مولى أم هانىء « أنه دخل مع عبد الله بن عمرو على أبيه عمرو بن العاص ، فقرب إليهما طعاماً ، فقال : كل ، فقال : إنى صائم ، فقال عمرو : كل ، فهذه الأيام التى كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بإفطارها وينهى عن صيامها » والظاهر أن عبد الله بن عمرو أفطر لما بلغه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما صومها للفرض ففيه روايتان . إحداهما : لايجوز . لأنه منهى عن صومها . فأشبهت يومى العيد . والثانية : يصح صومها للفرض . لما روى عن ابن عمرو وعائشة أنهما قالا « لم يرخص فى أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدى » أى المتمتع إذا عدم الهدى . وهو حديث صحيح رواه البخارى . ويقاس عليه كل مفروض(١)

(فصل) ويكره إفراد يوم الجمعة بالصوم إلا أن يوافق ذلك صوماً كان يصومه ، مثل من يصوم يوماً ويفطر يوماً فيوافق صومه يوم الجمعة . ومن عادته صوم أول يوم من الشهر أو آخره أو يوم نصفه ونحو ذلك . نص عليه أحمد فى رواية الأثرم ، قال قيل لأبى عبد الله : صيام يوم الجمعة ؟ فذكر حديث النهى أن يفرد . ثم قال : إلا أن يكون فى صيام كان يصومه . وأما أن يفرد فلا . قال : قلت : رجل كان يصوم يوماً ويفطر يوماً فوقع فطره يوم الخميس . وصومه يوم الجمعة . وفطره يوم السبت ، فصام الجمعة مفرداً . فقال : هذا الآن لم يتعمد صومه خاصة . إنما كره أن يتعمد الجمعة ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يكره إفراد الجمعة لأنه يوم . فأشبه سائر الأيام .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يصومن أحدكم يوم الجمعة إلا يوماً قبله أو بعده » وقال محمد بن عباد : سألت

---

(١) القياس هنا مصادم لنص الحديث القطعى بصيغة الحصر بالإثبات بعد النفى.

جابراً أنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صوم يوم الجمعة ؟ قال : نعم » متفق عليهما
وعن جويرية بنت الحارث « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها يوم الجمعة وهى
صائمة ، فقال : أصمت أمس ؟ قالت : لا . قال : أتريدين أن تصومى غداً ؟ قالت :
لا . قال : فافطرى » رواه البخارى وفيه أحاديث سوى هذه . وسنة رسول الله صلى
الله عليه وسلم أحق أن تتبع . وهذا الحديث يدل على أن المكروه إفراده ، لأن نهيه
معلل بكونها لم تصم أمس ولا غداً .

(فصل) قال أصحابنا : يكره إفراد يوم السبت بالصوم . لما روى عبد الله بن
بسر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض
عليكم » أخرجه الترمذى ، وقال : هذا حديث حسن . وروى أيضاً عن عبد الله
بن بسر عن أخته الصماء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تصوموا يوم
السبت إلا فيما افترض عليكم ، فإن لم يجد أحدكم إلا لحاء عنب أو عود شجرة
فليمضغه » أخرجه أبو داود . وقال : إسم أخت عبد الله بن بسر هجيمة أو جهيمة
قال الأثرم : قال أبو عبد الله : أما صيام يوم السبت يفترد به فقد جاء فيه حديث
الصماء . وكان يحي بن سعيد يتقيه ، أى أن يحدثنى به . وسمعته من أبى عاصم ،
والمكروه إفراده . فإن صام معه غيره لم يكره . لحديث أبى هريرة وجويرية ،
وإن وافق صوماً لإنسان لم يكره لما قدمناه . وقال أصحابنا : ويكره إفراد يوم
النيروز ويوم المهرجان . بالصوم لأنهما يومان يعظمهما الكفار . فيكون تخصيصهما
بالصيام دون غيرهما موافقة لهم فى تعظيمهما . فكره كيوم السبت . وعلى قياس
هذا : كل عيد للكفار أو يوم يفردونه بالتعظيم .

(فصل) ويكره إفراد رجب بالصوم . قال أحمد : وإن صامه رجل أفطر
فيه يوماً أو أياما بقدر ما لا يصومه كله ، ووجه ذلك . ماروى أحمد بإسناده عن
خرشة بن الحر قال « رأيت عمر يضرب أكف المترجبين حتى يضعوها فى الطعام
ويقول : كلوا فإنما هو شهر كانت تعظمه الجاهلية » وبإسناده عن ابن عمر « أنه
كان إذا رأى الناس وما يعدون لرجب كرهه ، وقال : صوموا منه وأفطروا »

وعن ابن عباس نحوه . وبإسناده عن أبي بكرة « أنه دخل على أهله وعندهم سلال جدد وكيزان ، فقال : ما هذا ؟ فقالوا رجب نصومه . قال : أجعلتم رجب رمضان فأكفأ السلال ، وكسر الكيزان » قال أحمد : من كان يصوم السنة صامه وإلا فلا يصومه متوالياً يفطر فيه . ولا يشبهه برمضان .

(فصل) وروى أبو قتادة قال : قيل « يا رسول الله ، فكيف بمن صام الدهر قال : لا صام ولا أفطر ، أو لم يصم ولم يفطر » قال الترمذي : هذا حديث حسن . وعن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من صام الدهر ضيقت عليه جهنم » قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : فسر مسدد قول أبي موسى « من صام الدهر ضيقت عليه جهنم » فلا يدخلها . فضحك وقال : من قال هذا ؟ فأين حديث عبد الله بن عمرو « أن النبي صلى الله عليه وسلم كره ذلك » وما فيه من الأحاديث ؟ قال أبو الخطاب : إنما يكره إذا أدخل فيه يومي العيدين وأيام التشريق لأن أحمد قال : إذا أفطر يومي العيدين وأيام التشريق رجوت أن لا يكون بذلك بأس . وروى نحو هذا عن مالك . وهو قول الشافعي . لأن جماعة من الصحابة كانوا يسردون الصوم ، منهم أبو طلحة ، قيل : إنه صام بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم أربعين سنة .

والذي يقوى عندي : أن صوم الدهر مكروه ، وإن لم يصم هذه الأيام ، فإن صامها قد فعل محرما . وإنما كره صوم الدهر لما فيه من المشقة والضعف ، وشبه التبتل المنهي عنه . بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمرو « إنك لتصوم الدهر وتقوم الليل ؟ فقلت : نعم . قال : إنك إذا فعلت ذلك هجمت له عينك ونفهت له النفس ، لا صام من صام الدهر ، صوم ثلاثة أيام صوم الدهر كله قلت : فإني أطيق أكثر من ذلك . قال : فصم صوم داود ، كان يصوم يوما ويفطر يوما . ولا يفر إذا لاقى وفي — رواية : وهو أفضل الصيام — فقلت : إني أطيق أفضل من ذلك . قال : لا أفضل من ذلك » رواه البخاري .

« مسألة » قال (وإذا رؤي الهلال نهاراً قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المقبلة) .

وجملة ذلك : أن المشهور عن أحمد ، أن الهلال إذا رؤى نهاراً قبل الزوال أو بعده ، وكان ذلك فى آخر رمضان . لم يفطروا برؤيته . وهذا قول عمر وابن مسعود وابن عمر وأنس والأوزاعى ومالك والليث والشافعى وإسحاق وأبى حنيفة . وقال الثورى وأبو يوسف . إن رؤى قبل الزوال فهو لليلة الماضية ، وإن كان بعده فهو لليلة المقبلة . وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه . رواه سعيد . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » وقد رأوه ، فيجب الصوم والفطر . ولأن ما قبل الزوال أقرب إلى الماضية . وحكى هذا رواية عن أحمد .

ولنا : ما روى أبو وائل قال « جاءنا كتاب عمر — ونحن بخانقين — أن الأهلة بعضها أكبر من بعض . فإذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا حتى تمسوا . إلا أن يشهد رجلان أنهما رأياه بالأمس عشيه » ولأنه قول ابن مسعود وابن عباس ومن سمينا من الصحابة . وخبرهم محمول على ما إذا رؤى عشية . بدليل ما لو رؤى بعد الزوال . ثم إن الخبر إنما يقتضى الصوم والفطر من الغد . بدليل ما لو رآه عشية . فأما إن كانت الرؤية فى أول رمضان ، فالصحيح أيضاً . أنه لليلة المقبلة . وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى . أنه للماضية . فيلزم قضاء ذلك اليوم وإمساك بقيته احتياطاً للعبادة . والأول أصح . لأن ما كان لليلة المقبلة فى آخره فهو لها فى أوله كما لو رؤى بعد العصر .

« مسأله » قال (والاختيار تأخير السحور وتعجيل الفطر) .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : فى السحور . والكلام فيه فى ثلاثة أشياء :

أحدها : فى استحبابه . ولا نعلم فيه بين العلماء خلافا . وقد روى أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « تسحروا ، فإن فى السحور بركة » متفق عليه . وعن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر » أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح . وروى الإمام أحمد بإسناده عن أبى سعيد قال : قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم « السحور بركة . فلا تدعوه ، ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء . فإن الله وملائكته يصلون على المتسحرين » .

الثانى فى وقته . قال أحمد : يعجبنى تأخير السحور . . لما روى زيد بن ثابت قال « تسحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قمنا إلى الصلاة . قلت : كم كان قدر ذلك ؟ قال : خمسين آية » متفق عليه . وروى العرباض بن سارية قال « دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى السحور ، فقال : هلم إلى الغداء المبارك » رواه أبو داود والنسائى . سماه غداء لقرب وقته منه . ولأن المقصود بالسحور التقوى على الصوم ، وما كان أقرب إلى الفجر كان أعون على الصوم . قال أبو داود : قال أبو عبد الله : إذا شك فى الفجر يأكل حتى يستيقن طلوعه . وهذا قول ابن عباس وعطاء والأوزاعى . قال أحمد : يقول الله تعالى (٢ : ١٩٢ وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال ، ولا الفجر المستطيل ، ولكن الفجر المستطير فى الأفق » قال الترمذى : هذا حديث حسن . وروى أبو قلابة قال : قال أبو بكر الصديق رضى الله عنه وهو يتسحر « يا غلام اخف الباب لا يفجأنا الصبح » وقال رجل لابن عباس « إنى أتسحر . فإذا شككت أمسكت . فقال ابن عباس : كل ما شككت ، حتى لا تشك » فأما الجماع فلا يستحب تأخيره . لأنه ليس مما يتقوى به . وفيه خطر وجوب الكفارة وحصول الفطر به .

الثالث : فيما يتسحر به . وكل ما حصل من أكل أو شرب حصل به فضيلة السحور . لقوله عليه السلام « ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء » وروى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « نعم سحور المؤمن التمر » رواه أبو داود .

(الفصل الثانى) فى تعجيل الفطر . وفيه أمور ثلاثة :

أحدها : فى استحبابه . وهو قول أكثر أهل العلم . لما روى سهل بن سعد الساعدى : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تزال أمتى بخير ما عجلوا الفطر » متفق عليه . وعن أبى عطية قال « دخلت أنا ومسروق على عائشة . فقال مسروق : رجلان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما يعجل الإفطار ويعجل

المغرب ، والآخر يؤخر الإفطار ويؤخر المغرب ؟ قالت : من الذى يعجل الإفطار ويعجل المغرب ؟ قال عبد الله . قالت : هكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع » رواه مسلم . وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الله تعالى : أحب عبادى إلىّ أسرعهم فطراً » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب . وقال أنس « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى حتى يفطر ولو على شربة من ماء » رواه ابن عبد البر .

الثانى : فيما يفطر عليه . يستحب أن يفطر على رطبات . فإن لم يكن فعلى تمرات فإن لم يكن فعلى الماء . لما روى أنس قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفطر على رطبات قبل أن يصلى . فإن لم يكن فعلى تمرات . فإن لم يكن تمرات حسا حسوات من ماء » رواه أبو داود والأثرم والترمذى وقال : حديث حسن غريب . وعن سليمان بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أفطر أحدكم فليفطر على تمر . فإن لم يجد فليفطر على الماء فإنه طهور » أخرجه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح .

الثالث : فى الوصال . وهو أن لا يفطر بين اليومين بأكل ولا شرب . وهو مكروه فى قول أكثر أهل العلم . وروى عن ابن الزبير أنه كان يواصل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولنا : ما روى ابن عمر قال « واصل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان . فواصل الناس . فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال . فقالوا : إنك تواصل . قال : إنى لست مثلكم . إنى أطعم وأسقى » متفق عليه . وهذا يقتضى اختصاصه بذلك ، ومنع إلحاق غيره به . وقوله « إنى أطعم وأسقى » يحتمل أنه يريد أنه يعان على الصيام ويغنيه الله تعالى عن الشراب والطعام بمنزلة من طعم وشرب . ويحتمل أنه أراد : إنى أطعم حقيقة وأسقى حقيقة ، حملا للفظ على حقيقته . والأول أظهر . لوجهين :

أحدهما : أنه لو طعم وشرب حقيقة لم يكن مواصلا . وقد أقرهم على قولهم « إنك تواصل » .

والثانى : إنه قد روى أنه قال « إنى أظل يطعمنى ربى ويسقينى » وهذا يقتضى أنه فى النهار ولا يجوز الأكل فى النهار له ولا لغيره .

إذا ثبت : هذا فإن الوصال غير محرم . وظاهر قول الشافعى : أنه محرم تقريراً لظاهر النهى فى التحريم .

ولنا : أنه ترك الأكل والشرب المباح ، فلم يكن محرما ، كما لو تركه فى حال الفطر .

فإن قيل : فصوم يوم العيد محرم مع كونه تركاً للأكل والشرب المبـاح .

قلنا : ما حرم ترك الأكل والشرب بنفسه . وإنما حرم بنية الصوم . ولهذا لو تركه من غير نية الصوم لم يكن محرماً . وأما النهى فإنما أتى به رحمة لهم ورفقاً بهم لما فيه من المشقة عليهم ، كما نهى عبد الله بن عمرو عن صيام النهار وقيام الليل ، وعن قراءة القرآن فى أقل من ثلاث . قالت عائشة « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال رحمة لهم ، وهذا لا يقتضى التحريم . ولهذا لم يفهم منه أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم التحريم . بدليل أنهم واصلوا بعده . ولو فهموا منه التحريم لما استجازوا فعله . قال أبو هريرة : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال فلما أبوا أن ينتهوا واصل بهم يوما ويوما ثم رأوا الهلال . فقال : لو تأخر لزدتكم كالمنكل لهم حين أبوا أن ينتهوا : متفق عليه . فإن واصل من سحر إلى سحر جاز . لما روى أبو سعيد أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لاتواصلوا . فأيكم أراد أن يواصل فليواصل حتى السحر : أخرجه البخارى . وتعجيل الفطر أفضل لما قدمناه :

(فصل) ويستحب تفطير الصائم . لما روى زيد بن خالد الجهنى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : من فطر صائماً كان له مثل أجره من غير أن ينقص من أجر الصائم شىء . قال الترمذى . هذا حديث حسن صحيح .

(فصل) روى ابن عباس قال . كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا أفطر قال . اللهم لك صمنـا ، وعلى رزقك أفطرنا ، فتقبل منا إنك أنت السميع العليم . وعن ابن عمر قال . كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أفطر يقول . ذهب الظمأ ،

وابتلت العروق ، وثبت الأجر إن شاء الله » وإسناده حسن ذكرهما الدار قطني .

« مسألة » قال (ومن صام شهر رمضان وأتبعه بست من شوال . وإن فرقها فكأنما صام الدهر) .

وجملة ذلك : أن صوم ستة أيام من شوال مستحب عند كثير من أهل العلم . روى ذلك عن كعب الأحبار والشعبي وميمون بن مهران . وبه قال الشافعي . وكرهه مالك . وقال ما رأيت أحداً من أهل الفقه يصومها ، ولم يبلغني ذلك عن أحد من السلف ، وأن أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته ، وأن يلحق برمضان ماليس منه .

ولنا : ما روى أبو أيوب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صام رمضان وأتبعه ستا من شوال فكأنما صام الدهر » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن وقال أحمد : هو من ثلاثة أوجه عن النبي صلى الله عليه وسلم . وروى سعيد بإسناده عن ثوبان . قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صام رمضان شهر بعشرة أشهر وصام ستة أيام بعد الفطر . وذلك تمام سنة » يعني أن الحسنة بعشر أمثالها . فالشهر بعشرة والستة بستين يوما . فذلك اثنا عشر شهراً وهو سنة كاملة . ولا يجرى هذا مجرى التقديم لرمضان . لأن يوم الفطر فاصل .

فإن قيل : فلا دليل فى هذا الحديث على فضيلتها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم شبه صيامها بصيام الدهر . وهو مكروه .

قلنا : إنما كره صوم الدهر لما فيه من الضعف والتشبيه بالتبتل ، لولا ذلك لكان ذلك فضلا عظيما لاستغراقه الزمان بالعبادة والطاعة والمراد بالخبر التشبيه به فى حصول العبادة به على وجه عرى عن المشقة كما قال عليه السلام « من صام ثلاثة أيام من كل شهر كان كمن صام الدهر » ذكر ذلك حثا على صيامها وبيان فضلها . ولا خلاف فى استحبابها . ونهى عبد الله بن عمرو عن قراءة القرآن فى أقل من ثلاث وقال « من قرأ (قل هو الله أحد) فكأنما قرأ ثلث القرآن » أراد التشبيه بثلث القرآن فى الفضل لا فى كراهة الزيادة عليه .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كونها متتابعة أو مفرقة فى أول الشهر أو فى آخره

لأن الحديث ورد بها مطلقا من غير تقييد . ولأن فضيلتها لكونها تصير مع الشهر ستة وثلاثين يوما والحسنة بعشر أمثالها . فيكون ذلك كثلاثمائة وستين يوما وهو السنة كلها . فإذا وجدذلك فى كل سنة صار كصيام الدهر كله . وهذا المعنى يحصل مع التفريق . والله أعلم .

« مسألة » قال (وصيام عاشوراء كفارة سنة ويوم عرفة كفارة سنتين) .

وجملته : أن صيام هذين اليومين مستحب . لما روى أبو قتادة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « صيام عرفة إنى أحتسب على الله أن يكفر السنة التى قبله والسنة التى بعده » وقال فى صيام عاشوراء . إنى أحتسب على الله أن يكفر السنة التى قبله » أخرجه مسلم .

إذا ثبت هذا : فإن عاشوراء هو اليوم العاشر من المحرم . وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن . لما روى ابن عباس قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصوم يوم عاشوراء العاشر من المحرم . رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح . وروى عن ابن عباس أنه قال : التاسع . وروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم التاسع » أخرجه مسلم بمعناه . وروى عنه عطاء أنه قال « صوموا التاسع والعاشر ولا تشبهوا باليهود » .

إذا ثبت هذا : فانه يستحب صوم التاسع والعاشر لذلك . نص عليه أحمد . وهو قول إسحاق . قال أحمد : فان إشتبه عليه أول الشهر صام ثلاثة أيام وإنما يفعل ذلك ليتيقن صوم التاسع والعاشر .

(فصل) واختلف فى صوم عاشوراء ، هل كان واجباً ؟ فذهب القاضى إلى أنه لم يكن واجباً . وقال هذا قياس المذهب . واستدل بشيئين :

أحدهما : « أن النبى صلى الله عليه وسلم ، أمر من لم يأ كل بالصوم » والنية فى الليل شرط فى الواجب .

والثانى : أنه لم يأمر من أكل بالقضاء . ويشهد لهذا ما روى معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول . إن هذا يوم عاشوراء ، لم يكتب الله عليكم صيامه . فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » وهو حديث صحيح . وروى

عن أحمد : أنه كان مفروضاً . لما روت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه . فلما افترض رمضان كان هو الفريضة وترك عاشوراء ، فمن شاء صامه ومن شاء تركه » وهو حديث صحيح . وحديث معاوية محمول على أنه أراد ليس هو مكتوبا عليكم الآن وأما تصحيحه بنية من النهار وترك الأمر بقضائه ، فيحتمل أن نقول . من لم يدرك اليوم بكماله لم يلزمه قضاؤه ، كما قلنا فيمن أسلم وبلغ فى أثناء يوم من رمضان ، على أنه قد روى أبو داود ، أن أسلم أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : صمتم يومكم هذا ؟ قالوا : لا . قال : فأتموا بقية يومكم واقضوه .

(فصل) فاما يوم عرفة فهو اليوم التاسع من ذى الحجة ، سمى بذلك . لأن الوقوف بعرفة فيه . وقيل : سمى يوم عرفة . لأن إبراهيم عليه السلام أرى فى المنام ليلة التروية أنه يؤمر بذبح ابنه فأصبح يومه يتروى ، هل هذا من الله أو حلم ؟ فسمى يوم التروية . فلما كانت الليلة الثانيه رآه أيضاً فأصبح يوم عرفه ، فعرف أنه من الله ، فسمى يوم عرفة . وهو يوم شريف عظيم وعيد كريم ، وفضله كبير وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أن صيامه يكفر سنتين .

(فصل) وأيام عشر ذى الحجة كلها شريفة مفضلة يضاعف العمل فيها . ويستحب الاجتهاد فى العبادة فيها . لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من أيام العمل الصالح فيهن أحب إلى الله من هذه الأيام العشر . قالوا : يارسول الله ، ولا الجهاد فى سبيل الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولا الجهاد فى سبيل الله إلا رجلا خرج بنفسه وماله ، فلم يرجع من ذلك بشىء » وهو حديث حسن صحيح . وعن أبى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من أيام أحب إلى الله عز وجل أن يتعبد له فيها من عشر ذى الحجة ، يعدل صيام كل يوم منها بصيام سنة وقيام كل ليلة منها بقيام ليلة القدر » وهذا حديث غريب أخرجه الترمذى . وروى أبو داود بإسناده عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصوم تسع ذى الحجة ويوم عاشوراء » .

« مسألة » قال (ولا يستحب لمن كان بعرفة أن يصوم ليتقوى على الدعاء)

أكثر أهل العلم يستحبون الفطر يوم عرفة بعرفة . وكانت عائشة وابن الزبير يصومانه وقال قتاده : لابأس به إذا لم يضعف عن الدعاء . وقال عطاء : أصوم فى الشتاء ولا أصوم فى الصيف . لأن كراهة صومه إنما هى معلة بالضعف عن الدعاء . فاذا قوى عليه أو كان فى الشتاء لم يضعف فتزول الكراهة .

ولنا : ماروى عن أم الفضل بنت الحارث « أن ناساً تماروا بين يديها يوم عرفة فى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بعضهم : صائم . وقال بعضهم : ليس بصائم . فأرسلت إليه بقدح من لبن وهو واقف على بعيره بعرفات ، فشربه النبى صلى الله عليه وسلم » متفق عليه . وقال ابن عمر « حججت مع النبى صلى الله عليه وسلم فلم يصمه – يعنى يوم عرفة – ومع أبى بكر فلم يصمه ، ومع عمر فلم يصمه ؛ ومع عثمان فلم يصمه ، وأنا لاأصومه ولا آمر به ولا أنهى عنه » أخرجه الترمذى وقال . حديث حسن وروى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة » ولأن الصوم يضعفه ويمنعه الدعاء فى هذا اليوم المعظم الذى يستجاب فيه الدعاء فى ذلك الموقف الشريف الذى يقصد من كل فج عميق رجاء فضل الله فيه وإجابة دعائه به . فكان تركه أفضل .

(فصل) وروى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن .

(فصل) وأفضل الصيام أن تصوم يوما وتفطر يوما ، لما روى عبد الله ابن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له « صم يوما وأفطر يوما . فذلك صيام داود . وهو أفضل الصيام فقلت ؛ إنى أطيق أفضل من ذلك فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لاأفضل من ذلك » متفق عليه .

(فصل) وروى أبو داود باسناده عن أسامة بن زيد « أن نبى الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم يوم الاثنين والخميس فسئل عن ذلك فقال : إن أعمال الناس تعرض يوم الاثنين والخميس . »

« مسألة » قال (وأيام البيض التي حض رسول الله صلى الله عليه وسلم على صيامها هي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر)

وجملة ذلك . أن صيام ثلاثة أيام من كل شهر مستحب . لا نعلم فيه خلافاً ، وقد روى أبو هريرة قال « أوصاني خليلي بثلاث : صيام ثلاثة ايام من كل شهر ، وركعتي الضحى . وأن أوتر قبل أن أنام » وعن عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له « صم من الشهر ثلاثة أيام . فإن الحسنة بعشر أمثالها . وذلك مثل صيام الدهر » متفق عليهما .

ويستحب أن يجعل هذه الثلاثة أيام البيض . لما روى أبو ذر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا أبا ذر إذا صمت من الشهر فصم ثلاث عشرة وأربع عشرة وخمس عشرة » أخرجه الترمذي وقال : حديث حسن ، وروى النسائي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأعرابي « كل ، قال : إني صائم . قال : صوم ماذا ؟ قال : صوم ثلاثة أيام من الشهر . قال : إن كنت صائماً فعليك بالغر البيض : ثلاث عشرة ، وأربع عشرة ، وخمس عشره » وعن ملحان القيسي قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نصوم البيض : ثلاث عشرة وأربع عشرة ، وخمس عشرة . وقال : هو كهيئة الدهر » أخرجه أبو داود وسميت أيام البيض لابيضاض ليلها كله بالقمر . والتقدير : أيام الليالي البيض ، وقيل : إن الله تاب على آدم فيها وبيض صحيفته . ذكره أبو الحسن التميمي .

(فصل) ويجب على الصائم أن ينزه صومه عن الكذب والغيبة والشتم . قال أحمد : ينبغي لصائم أن يتعاهد صومه من لسانه ، ولا يماري ، ويصون صومه . كانوا إذا صاموا قعدوا في المساجد . وقالوا نحفظ صومنا ، ولا يغتاب أحداً ولا يعمل عملا يجرح به صومه . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من لم يدع قول الزور والعمل به فليس لله حاجة في أن يدع طعامه وشرابه » وقال أبو هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال الله تعالى كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فإنه لي ، وأنا أجزي به ، الصيام جنة . فإذا كان يوم صوم أحدكم فلا يرفث ولا يصخب ، فإن سابه أحد أو قاتله فليقل : إني امرؤ صائم .

والذى نفس محمد بيده لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك ، للصائم فرحتان يفرحهما . إذا أفطر فرح ، وإذا لقى ربه فرح بصومه » متفق عليهما .

(فصل) فى ليلة القدر . وهى ليلة شريفة مباركة معظمة مفضلة . قال الله تعالى (ليلة القدر خير من ألف شهر) قيل : معناه : العمل فيها خير من العمل فى ألف شهر ليس فيها ليلة القدر ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « من قام ليلة القدر إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه » متفق عليه . وقيل : إنما سميت ليلة القدر لأنه يقدر فيها ما يكون فى تلك السنة من خير ومصيبة ورزق وبركة . يروى ذلك عن ابن عباس . قال الله تعالى (٤٤ : ٤ فيها يفرق كل أمر حكيم) وسماها مباركة فقال تعالى (٤٤ : ٣ إنا انزلناه فى ليلة مباركة إنا كنا منذرين) وهى ليلة القدر . بدليل قوله سبحانه (إنا أنزلناه فى ليلة القدر) وقال تعالى (٢ : ١٨٥ شهر رمضان الذى أنزل فيه القرآن) يروى « أن جبريل نزل به من بيت العزة إلى السماء الدنيا فى ليلة القدر ، ثم نزل به على النبى صلى الله عليه وسلم نجوماً فى ثلاث وعشرين سنة » . وهى باقية لم ترفع . لما روى أبو ذر قال قلت « يا رسول الله ، ليلة القدر رفعت مع الأنبياء ، أو هى باقية إلى يوم القيامة ؟ قال : باقية إلى يوم القيامة . قلت : فى رمضان أو غيره ؟ قال : فى رمضان . قلت : فى العشر الأول ، أو الثانى ، أو الآخر ؟ فقال : فى العشر الآخر » وأكثر أهل العلم على أنها فى رمضان . وكان ابن مسعود يقول : من يقم الحول يصبها يشير إلى أنها فى السنة كلها . وفى كتاب الله تعالى ما يبين أنها فى رمضان . لأن الله أخبر أنه أنزل القرآن فى ليلة القدر ، وأنه أنزله فى رمضان . فيجب أن تكون ليلة القدر فى رمضان . لئلا يتناقض الخبران . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر أنها فى رمضان فى حديث أبى ذر وقال « التمسوها فى العشر الأواخر فى كل وتر » متفق عليه . وقال أبى بن كعب « والله لقد علم ابن مسعود أنها فى رمضان ، ولكنه كره أن يخبركم فتتكلوا » .

إذا ثبت هذا : فإنه يستحب طلبها فى جميع ليالى رمضان ، وفى العشر الأواخر آكد . وفى ليالى الوتر منه آكد . وقال أحمد : هى فى العشر الأواخر وفى وتر

من الليالى ، لا يخطىء إن شاء الله . كذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أطلبوها فى العشر الأواخر ، فى ثلاث بقين . أو سبع بقين ، أو تسع بقين » وروى سالم عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أرى رؤياكم قد تواطأت على أنها فى العشر الأواخر . فالتمسوها فى العشر الأواخر فى الوتر منها » متفق عليه . وقالت عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل العشر الأواخر من رمضان أحيا الليل وأيقظ أهله وشد المئزر » متفق عليه . قالت « وكان يجتهد فى العشر الأواخر مالا يجتهد فى غيرها » وقال على رضى الله عنه « إن النبى صلى الله عليه وسلم كان يوقظ أهله فى العشر الأواخر » وقالت عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجاور فى العشر الأواخر من رمضان » وفى لفظ للبخارى « تحروا ليلة القدر فى الوتر فى العشر الأواخر من رمضان » وكل هذه الأحاديث صحيحة .

(فصل) واختلف أهل العلم فى أرجى هذه الليالى . فقال أبى بن كعب وعبد الله بن عباس هى ليلة سبع وعشرين . قال زر بن حبيش قلت لأبى بن كعب « أما علمت أبا المنذر . أنها ليلة سبع وعشرين ؟ قال : بلى أخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها ليلة صبيحتها تطلع الشمس ليس لها شعاع . فعددنا وحفظنا والله لقد علم ابن مسعود أنها فى رمضان . وأنها ليلة سبع وعشرين ، ولكنه كره أن يخبركم فتتكلوا » قال الترمذى . هذا حديث حسن صحيح . وروى أبو ذر فى حديث فيه طول « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يقم فى رمضان حتى بقى سبع . فقام بهم حتى مضى نحو من ثلث الليل . ثم قام بهم فى ليلة خمس وعشرين ، حتى مضى نحو من شطر الليل ، حتى كانت ليلة سبع وعشرين ، لجمع نساءه وأهله واجتمع الناس . قال فقام بهم حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح ، يعنى السحور » متفق عليه ، وحكى عن ابن عباس أنه قال « سورة القدر ثلاثون كلمة ، السابعة والعشرون منها « هى » وروى أبو داود بإسناده عن معاوية عن النبى صلى الله عليه وسلم فى ليلة القدر قال « ليلة سبع وعشرين » .

وقيل : آكدها ليلة ثلاث وعشرين . لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم

أن عبد الله بن أنيس سأله فقال « يا رسول الله إنى أكون ببادية يقال لها الوطاة ، وإنى بحمد الله أصلى بهم ، فمرنى بليلة من هذا الشهر أنزلها فى المسجد ، فأصليها فيه . فقال : أنزل ليلة ثلاث وعشرين فصلها فيه . وإن أحببت أن تستتم آخر هذا الشهر فافعل . وإن أحببت فكف فكان إذا صلى العصر دخل المسجد فلم يخرج إلا فى حاجة حتى يصلى الصبح . فإذا صلى الصبح كانت دابته بباب المسجد » رواه أبو داود مختصراً .

وقيل : آكدها ليلة أربع وعشرين . لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليلة القدر أول ليلة من السبع الأواخر » وروى عن بعض الصحابة أنه قال « لم نكن نعد عددكم هذا . وإنما كنا نعد من آخر الشهر » يعنى أن السابعة والعشرين هى أول ليلة من السبع الأواخر . وروى أبو ذر قال : « صمنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم شهر رمضان فلم يقم بنا حتى كانت ليلة سبع بقيت ، فقام بنا نحوا من ثلث الليل . ثم لم يقم ليلة ست . فلما كانت ليلة خمس قام بنا النبى صلى الله عليه وسلم نحوا من نصف الليل . فقلنا : يا رسول الله لو نفلتنا قيام هذه الليلة ؟ فقال : إن الرجل إذا صلى مع الإمام حتى ينصرف كتب له قيام ليلة » فلما كانت ليلة ثلاث قام بنا حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح فقلت وما الفلاح ؟ قال السحور وأيقظ فى تلك الليلة أهله ونساءه وبناته » رواه سعيد .

وقيل : آكدها ليلة إحدى وعشرين . لما روى أبو سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «رأيت ليلة القدر ثم أنسيتها فالتمسوها فى العشر الأواخر فى الوتر. وإنى رأيت أنى أسجد فى صبيحتها فى ماء وطين . قال : فجاءت سحابة فمطرت حتى سال سقف المسجد . وكان من جريد النخل . فأقيمت الصلاة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد فى الماء والطين حتى رأيت أثر الماء والطين فى جبهته » وفى حديث « فى صبيحة إحدى وعشرين » متفق عليه ، قال الترمذى . قد روى أنها ليلة إحدى وعشرين ، وليلة ثلاث وعشرين ، وليلة خمس وعشرين ، وليلة سبع وعشرين ، وليلة تسع وعشرين وآخر ليلة ، وقال أبو قلابة : إنها تنتقل فى ليالى العشر ، قال الشافعى: كان هذا عندى — والله أعلم — أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب على نحو مايسأل . فعلى هذا كانت فى السنة التى رأى أبو سعيد النبى صلى الله عليه وسلم

يسجد فى الماء والطين ليلة إحدى وعشرين ، وفى السنة التى أمر عبد الله بن أنيس ليلة ثلاث وعشرين ، وفى السنة التى رأى أبى بن كعب علامتها ليلة سبع وعشرين ، وقد ترى علامتها فى غير هذه الليالى . قال بعض أهل العلم أبهم الله تعالى هذه الليلة على الأمة ليجتهدوا فى طلبها ويجدوا فى العبادة فى الشهر كله طمعاً فى إدراكها ، كما أخفى ساعة الإجابة فى يوم الجمعة ليكثروا من الدعاء فى اليوم كله ، وأخفى اسمه الأعظم فى الأسماء ورضاه فى الطاعات ليجتهدوا فى جميعها ، وأخفى الأجل وقيام الساعة . ليجد الناس فى العمل حذراً منهما .

(فصل) فأما علامتها . فالمشهور فيها ما ذكره أبى بن كعب عن النبى صلى الله عليه وسلم أن الشمس تطلع من صبيحتها بيضاء لاشعاع لها . وفى بعض الأحاديث بيضاء مثل الطست . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « بلجة سمحة لا حارة ولا باردة تطلع الشمس صبيحتها لا شعاع لها » .

(فصل) ويستحب أن يجتهد فيها فى الدعاء ويدعو فيها بما روى عن عائشة أنها قالت : يا رسول الله إن وافقتها بم أدعو ؟ قال « قولى اللهم إنك عفو تحب العفو فاعف عنى » .

كتاب الاعتكاف

الاعتكاف فى اللغة : لزوم الشيء وحبس النفس عليه براً كان أو غيره ومنه قوله تعالى (٢١ : ٥٢ ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون) وقال (٧ : ١٣٨ يعكفون على أصنام لهم) قال الخليل : عكف يعكف ويعكف وهو فى الشرع الإقامة فى المسجد على صفة نذكرها وهو قربة وطاعة قال الله تعالى (٢ : ١٢٥ أن طهرا بيتى للطائفين والعاكفين) وقال (٢ : ١٨٧ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد) وقالت عائشة كان النبى صلى الله عليه وسلم يعتكف العشر الأواخر » متفق عليه ، وروى ابن ماجه فى سننه عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى المعتكف « هو يعكف الذنوب ، ويجـــرى له من الحسنات كعامل الحسنات كلها » وهذا الحديث ضعيف . وفى إسناده فرقد السنجى . قال أبو داود : قلت لأحمد رحمه الله : تعرف فى فضل الاعتكاف شيئاً ؟ قال لا إلا شيئاً ضعيفاً ولا نعلم بين العلماء خلافاً فى أنه مسنون .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (والاعتكاف سنة إلا أن يكون نذراً فيلزم الوفاء به) .

لا خلاف فى هذه الجملة بحمد الله . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الاعتكاف سنة لا يجب على الناس فرضاً إلا أن يوجب المرء على نفسه الاعتكاف نذراً فيجب عليه ، ومما يدل على أنه سنة فعل النبى صلى الله عليه وسلم ومداومته عليه تقربا إلى الله تعالى ، وطلبا لثوابه ، واعتكاف أزواجه معه وبعده ، ويدل على أنه غير واجب أن أصحابه لم يعتكفوا ولا أمرهم النبى صلى الله عليه وسلم به إلا من أراده ، وقال عليه السلام « من أراد أن يعتكف فليعتكف العشر الأواخر » ولو كان واجبا لما علقه بالإرادة ، وأما إذا نذره فيلزمه لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من نذر أن يطيع الله فليطعه » رواه البخارى ، وعن عمر أنه قال يارسول الله:

إنى نذرت أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام . فقال النبى صلى الله عليه وسلم «أوف بنذرك» رواه البخارى ومسلم .

(فصل) وإن نوى اعتكاف مدة لم تلزمه ، فإن شرع فيها فله إتمامها ، وله الخروج منهما متى شاء ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : تلزمه بالنية مع الدخول فيه ، فإن قطعه لزمه قضاؤه ، وقال ابن عبد البر : لا يختلف فى ذلك الفقهاء . ويلزمه القضاء عند جميع العلماء : وقال : وإن لم يدخل فيه فالقضاء مستحب ومن العلماء من أوجبه وإن لم يدخل فيه ، واحتج بما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان فاستأذنته عائشة . فأذن لها فأمرت ببنائها فضرب ، وسألت حفصة أن يستأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففعلت فأمرت ببنائها فضرب فلما رأت ذلك زينب بنت جحش أمرت ببنائها فضرب قالت : وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صلى الصبح دخل معتكفه . فلما صلى الصبح انصرف فبصر بالأبنية فقال « ما هذا ؟ » فقالوا : بناء عائشة ، وحفصة ، وزينب . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البر أردتن ؟ ما أنا بمعتكف » فرجع . فلما أفطر اعتكف عشراً من شوال ، متفق على معناه ، ولأنها عبادة تتعلق بالمسجد فلزمت بالدخول فيها كالحج ، ولم يصنع ابن عبد البر شيئاً ، وهذا ليس باجماع ، ولا نعرف هذا القول عن أحد سواه ، وقد قال الشافعى كل عمل لك أن لا تدخل فيه . فإذا دخلت فيه فخرجت منه ، فليس عليك أن تقضى إلا الحج والعمرة ، ولم يقع الإجماع على لزوم نافلة بالشروع فيها سوى الحج والعمرة ، وإذا كانت العبادات التى لها أصل فى الوجوب لا تلزم بالشروع . فما ليس له أصل فى الوجوب أولى ، وقد انعقد الإجماع على أن الإنسان لو نوى الصدقة بمال مقدر ، وشرع فى الصدقة به . فأخرج بعضه . لم تلزمه الصدقة بباقيه وهو نظير الاعتكاف . لأنه غير مقدر بالشرع . فأشبه الصدقة ، وما ذكره حجة عليه . فإن النبى صلى الله عليه وسلم ترك اعتكافه . ولو كان واجباً لما تركه . وأزواجه تركن الاعتكاف بعد نيته وضرب أبنيتهن له ، ولم يوجد عذر يمنع فعل الواجب ، ولا أمرن بالقضاء ، وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم له لم يكن واجباً عليه . وإنما

فعله تطوعا ، لأنه كان إذا عمل عملا أثبته ، وكان فعله لقضائه كفعله لأدائه على سبيل التطوع به ، لا على سبيل الإيجاب ، كما قضى السنة التى فاتته بعد الظهر وقبل الفجر . فتركه له دليل على عدم الوجوب . لتحريم ترك الواجب وفعله ، للقضاء لا يدل على الوجوب . لأن قضاء السنن مشروع فان قيل : إنما جاز تركه ولم يؤمر تاركه من النساء بقضائه لتركهن إياه قبل الشروع قلنا : فقد سقط الاحتجاج . لا تفاقنا على أنه لا يلزم قبل شروعه فيه ، فلم يكن القضاء دليلا على الوجوب ، مع الاتفاق على انتفائه ، ولا يصح قياسه على الحج والعمرة ، لأن الوصول إليهما لا يحصل فى الغالب إلا بعد كلفة عظمى ، ومشقة شديدة ، وإنفاق مال كثير . فنى إبطالهما تضييع لماله ، وإبطال لأعماله الكثيرة ، وقد نهينا عن إضاعة المال ، وإبطال الأعمال . وليس فى ترك الاعتكاف بعد الشروع فيه مال يضيع ، ولا عمل يبطل ، فإن ما مضى من اعتكافه لا يبطل بترك اعتكاف المستقبل ، ولأن النسك يتعلق بالمسجد الحرام على الخصوص ، والاعتكاف بخلافه .

« مسألة » قال (ويجوز بلا صوم إلا أن يقول فى نذره بصوم) .

المشهور فى المذهب : أن الاعتكاف يصح بغير صوم . روى ذلك عن على ، وابن مسعود ، وسعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والشافعى ، وإسحاق ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الصوم شرط فى الاعتكاف ، قال : إذا اعتكف يجب عليه الصوم . وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وبه قال الزهرى ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والليث ، والثورى والحسن بن حي . لما روى عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا اعتكاف إلا بصوم » رواه الدار قطنى ، وعن ابن عمر « أن عمر جعل عليه أن يعتكف فى الجاهلية فسأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اعتكف وصم » رواه أبو داود . ولأنه لبث فى مكان مخصوص . فلم يكن بمجرده قربة كالوقوف .

ولنا : ما روى ابن عمر عن عمر أنه قال « يا رسول الله إنى نذرت فى الجاهلية أن اعتكف ليلة فى المسجد الحرام . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك » رواه البخارى ، ولو كان الصوم شرطاً لما صح اعتكاف الليل . لأنه لا صيام فيه ،

ولأنه عبادة تصح فى الليل . فلم يشترط له الصيام كالصلاة . ولأنه عبادة تصح فى الليل ، فأشبه سائر العبادات ، ولأن إيجاب الصوم حكم لا يثبت إلا بالشرع ، ولم يصح فيه نص ، ولا إجماع ، قال سعيد : حدثنا عبد العزيز بن محمد عن أبى سهل قال « كان على امرأة من أهلى اعتكاف ، فسألت عمر بن عبد العزيز . فقال : ليس عليها صيام إلا أن تجعله على نفسها . فقال الزهرى : لا اعتكاف إلا بصوم فقال له عمر : عن النبى صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لا . قال : فعن أبى بكر ؟ قال : لا . قال : فعن عمر ؟ قال : لا . قال ، وأظنه قال : فعن عثمان ؟ قال : لا . فخرجت من عنده فلقيت عطاء وطاوسا ، فسألتهما . فقال طاوس : كان فلان لا يرى عليها صياما ، إلا أن تجعله على نفسها » وأحاديثهم لا تصح أما حديثهم عن عمر فتفرد به ابن بديل . وهو ضعيف . قال أبو بكر النيسابورى . هذا حديث منكر . والصحيح : ما رويناه أخرجه البخارى ، والنسائى ، وغيرهما . وحديث عائشة موقوف عليها ، ومن رفعه فقد وهم ، ولو صح فالمراد به الاستحباب . فإن الصوم فيه أفضل ، وقياسهم ينقلب عليهم . فإنه لبث فى مكان مخصوص . فلم يشترط له الصوم كالوقوف ، ثم نقول بموجبه . فإنه لا يكون قربة بمجرده بل بالنية ، إذا ثبت هذا : فانه يستحب أن يصوم . لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتكف وهو صائم ، ولأن المعتكف يستحب له التشاغل بالعبادات والقرب ، والصوم من أفضلها ، ويتفرغ به مما يشغله عن العبادات ، ويخرج به من الخلاف .

(فصل) إذا قلنا : إن الصوم شرط . لم يصح اعتكاف ليلة مفردة ، ولا بعض يوم ولا ليلة وبعض يوم . لأن الصوم المشترط لا يصح فى أقل من يوم . ويحتمل أن يصح فى بعض اليوم إذا صام اليوم كله . لأن الصوم المشروط وجد فى زمن الاعتكاف ، ولا يعتبر وجود المشروط فى زمن الشرط كله .

« مسألة » قال (ولا يجوز الاعتكاف إلا فى مسجد يجمع فيه) .

يعنى تقام الجماعة فيه . وإنما اشترط ذلك . لان الجماعة واجبة واعتكاف الرجل فى مسجد لا تقام فيه الجماعة يفضى إلى أحد أمرين : إما ترك الجماعة الواجبة . وإما خروجه إليها ، فيتكرر ذلك منه كثيراً مع إمكان التحرز منه . وذلك مناف

للاعتكاف . إذ هولزوم المعتكف والإقامة على طاعةالله فيه ، ولا يصح الاعتكاف في غير مسجد إذا كان المعتكف رجلا . لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافا . والأصل فى ذلك : قول الله تعالى (٢ : ١٨٧ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد) فخصها بذلك . فلو صح الاعتكاف فى غيرها لم يختص تحريم المباشره فيها . فإن المباشرة محرمة فى الاعتكاف مطلقاً ، وفى حديث عائشة قالت « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدخل على رأسه وهو فى المسجد فأرجله . وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة إذا كان معتكفاً » . وروى الدار قطنى باسناده عن الزهرى عن عروة ، وسعيد بن المسيب عن عائشة فى حديث « وإن السنة للمعتكف أن لا يخرج إلا لحاجة الإنسان ولا اعتكاف إلا فى مسجد جماعة » فذهب أبو عبد الله إلى أن كل مسجد تقام فيه الجماعه يجوز الاعتكاف فيه ، ولا يجوز فى غيره . وروى عن حذيفة ، وعائشة ، والزهرى ما يدل على هذا . واعتكف أبو قلابة وسعيد بن جبير فى مسجد حيهما . وروى عن عائشة والزهرى : أنه لا يصح إلا فى مساجد الجماعات . وهو قول الشافعى إذا كان اعتكافه يتخلله جمعة ، لئلا يلتزم الخروج من معتكفه ، لما يمكنه التحرز من الخروج إليه . وروى عن حذيفة وسعيد ابن المسيب : لا يجوز الاعتكاف إلا فى مسجد نبى . وحكى عن حذيفة : أن الاعتكاف لا يصح إلا فى أحد المساجد الثلاثة . قال سعيد : حدثنا مغيرة عن ابراهيم . قال « دخل حذيفة مسجد الكوفة . فاذا هو بأبنية مضروبة . فسأل عنها . فقيل : قوم معتكفون . فانطلق إلى ابن مسعود . فقال : ألا تعجب من قوم يزعمون أنهم معتكفون بين دارك ودار الأشعرى ؟ فقال عبد الله : فلعلهم أصابوا وأخطأت ، وحفظوا ونسيت ، فقال حذيفة : لقد علمت ما الاعتكاف إلا فى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم » . وقال مالك : يصح الاعتكاف فى كل مسجد لعموم قوله تعالى (٢ : ١٨٧ وأنتم عاكفون فى المساجد) وهو قول الشافعى إذا لم يكن اعتكافه يتخلله جمعة .

ولنا : قول عائشة « من السنة للمعتكف ، أن لا يخرج إلا لحاجة الإنسان ،

ولا اعتكاف إلا فى مسجد جماعة ، وقد قيل : إن هذا من قول الزهرى . وهو ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم كيفما كان ، وروى سعيد : حدثنا هشيم أنبأنا جرير عن الضحاك عن حذيفة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «كل مسجد له إمام ومؤذن فالاعتكاف فيه يصلح» ولأن قوله تعالى (وأنتم عاكفون فى المساجد) يقتضى إباحة الاعتكاف فى كل مسجد . إلا أنه يقيد بما تقام فيه الجماعة بالاخبار . والمعنى الذى ذكرناه . ففيما عداه يبقى على العموم . وقول الشافعى فى اشتراطه موضعاً تقام فيه الجمعة ، لا يصح للاخبار ، ولأن الجمعة لا تتكرر . فلا يضر وجوب الخروج إليها ، كما لو اعتكفت المرأة مدة يتخللها أيام حيضها . ولو كان الجامع تقام فيه الجمعة وحدها ولا يصلى فيه غيرها . لم يجز الاعتكاف فيه . ويصح عند مالك والشافعى .

ومبنى الخلاف : على أن الجماعة واجبة عندنا . فيلتزم الخروج من معتكفه إليها . فيفسد اعتكافه . وعندهم ليست واجبة .

(فصل) وإن كان اعتكافه مدة غير وقت الصلاة كليلة أو بعض يوم جاز فى كل مسجد ، لعدم المانع . وإن كانت تقام فيه فى بعض الزمان جاز الاعتكاف فيه فى ذلك الزمان دون غيره . وإن كان المعتكف ممن لا تلزمه الجماعة كالمريض والمعذور ومن هو فى قرية لا يصلى فيها سواه . جاز اعتكافه فى كل مسجد . لأنه لا تلزمه الجماعة . فأشبه المرأة ، وإن اعتكف اثنان فى مسجد لا تقام فيه جماعة . فأقاما الجماعة فيه صح اعتكافهما . لأنهما أقاما الجماعة فأشبه ما لو أقامها فيه غيرهما :

(فصل) وللمرأة أن تعتكف فى كل مسجد . ولا يشترط إقامة الجماعة فيه . لأنها غير واجبة عليها ، وبهذا قال الشافعى : وليس لها الاعتكاف فى بيتها . وقال أبو حنيفة والثورى : لها الاعتكاف فى مسجد بيتها ، وهو المكان الذى جعلته للصلاة منه واعتكافها فيه أفضل . لأن صلاتها فيه أفضل . وحكى عن أبى حنيفة : أنها لا يصح اعتكافها فى مسجد الجماعة . لأن النبى صلى الله عليه وسلم ترك الاعتكاف فى المسجد ، لما رأى أبنية أزواجه فيه وقال «البر تردن ؟» ، ولأن مسجد بيتها موضع فضيلة صلاتها . فكان موضع اعتكافها كالمسجد فى حق الرجل .

ولنا : قوله تعالى (وأنتم عاكفون فى المساجد) والمراد به المواضع التى بنيت

للصلاة فيها ، وموضع صلاتها فى بيتها ليس بمسجد . لأنه لم يبن للصلاة فيه ، وإن سمى مسجداً كان مجازاً . فلا يثبت له أحكام المساجد الحقيقية . كقول النبى صلى الله عليه وسلم « جعلت لى الأرض مسجداً » ولأن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم استأذنه فى الاعتكاف فى المسجد ، فأذن لهن ، ولو لم يكن موضعاً لاعتكافهن لما أذن فيه . ولو كان الاعتكاف فى غيره أفضل لدلهن عليه ونبههن عليه . ولأن الاعتكاف قربة يشترط لها المسجد فى حق الرجل فيشترط فى حق المرأة كالطواف . وحديث عائشة حجة لنا لما ذكرنا . وإنما كره اعتكافهن فى تلك الحال ، حيث كثرت أبنيتهن . لما رأى من منافستهن فكرهه منهن خشية عليهن من فساد نيتهن وسوء المقصد به . ولذلك قال « البر تردن ؟ » منكراً لذلك ، أى لم تفعلن ذلك تبرراً . ولذلك ترك الاعتكاف لظنه أنهن يتنافسن فى السكون معه . ولو كان للمعنى الذى ذكروه لأمرهن بالاعتكاف فى بيوتهن . ولم يأذن لهن فى المسجد . وأما الصلاة . فلا يصح اعتبار الاعتكاف بها . فإن صلاة الرجل فى بيته أفضل ولا يصح اعتكافه فيه ه

(فصل) ومن سقطت عنه الجماعة من الرجال كالمريض إذا أحب أن يعتكف فى مسجد لا تقام فيه الجماعة ينبغى أن يجوز له ذلك . لأن الجماعة ساقطة عنه . فأشبه المرأه ، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك ، لأنه من أهل الجماعة . فأشبه من تجب عليه . ولأنه إذا التزم الاعتكاف وكلفه نفسه فينبغى أن يجعله فى مكان تصلى فيه الجماعة ، ولأن من التزم مالا يلزمه لا يصح بدون شروطه ، كالمتطوع بالصوم والصلاة .

(فصل) وإذا اعتكفت المرأة فى المسجد استحب لها أن تستتر بشيء . لأن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لما أردن الاعتكاف أمرن بأبنيتهن فضربت فى المسجد . ولأن المسجد يحضره الرجال وخير لهم وللنساء أن لا يرونهن ولا يرينهم . وإذا ضربت بناء جعلته فى مكان لا يصلى فيه الرجال ، لئلا تقطع صفوفهم ويضيق عليهم ، ولا بأس أن يستتر الرجل أيضاً . فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر ببنائه فضرب ، ولأنه أستر له وأخفى لعمله : وروى ابن ماجه عن أبي سعيد « أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم اعتكف فى قبة تركية على سدتها قطعة حصير « قال فأخذ الحصير بيده فنحاها فى ناحية القبلة ثم أطلع رأسه فكلم الناس » والله أعلم .

« مسألة » قال (ولا يخرج منه إلا لحاجة الإنسان أو صلاة الجمعة)

وجملة ذلك : أن المعتكف ليس له الخروج من معتكفه إلا لما لا بد له منه ، قالت عائشة رضى الله عنها « السنة للمعتكف أن لا يخرج إلا لما لا بد له منه » رواه أبو داود ، وقالت أيضاً « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اعتكف يدنى إلى رأسه فأرجله . وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان » متفق عليه ، ولا خلاف فى أن له الخروج لما لا بد له منه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للمعتكف أن يخرج من معتكفه للغائط والبول ، ولأن هذا مما لا بد منه ، ولا يمكن فعله فى المسجد ، فلو بطل الاعتكاف بخروجه إليه . لم يصح لأحد الاعتكاف ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتكف ، وقد علمنا أنه كان يخرج لقضاء حاجته ، والمراد بحاجة الإنسان البول والغائط كنى بذلك عنهما . لأن كل إنسان يحتاج إلى فعلهما . وفى معناه الحاجة إلى المأكول والمشروب إذا لم يكن له من يأتيه به . فله الخروج إليه إذا احتاج إليه . وإن بغتـه القىء فله أن يخرج ليتقيأ خارج المسجد ، وكل ما لا بد له منه ، ولا يمكن فعله فى المسجد فله الخروج إليه ، ولا يفسد اعتكافه وهو عليه ما لم يطل ، وكذلك له الخروج إلى ما أوجبه الله تعالى عليه مثل من يعتكف فى مسجد لا جمعة فيه ، فيحتاج إلى خروجه ليصلى الجمعة ، ويلزمه السعى إليها . فله الخروج إليها . ولا يبطل اعتكافه . وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى : لا يعتكف فى غير الجامع إذا كان اعتكافه يتخلله جمعة ، فإن نذر اعتكافاً متتابعاً فخرج منه لصلاة الجمعة . بطل اعتكافه . وعليه الاستئناف . لأنه أمكنه فرضه بحيث لا يخرج منه . فبطل بالخروج كالمكفر إذا ابتدأ صوم الشهرين المتتابعين فى شعبان أو ذى الحجة .

ولنا : أنه خرج لواجب فلم يبطل اعتكافه . كالمعتدة تخرج لقضاء العدة ، وكالخارج لإنقاذ غريق . أو إطفاء حريق ، أو أداء شهادة تعينت عليه ، ولأنه إذا نذر أياماً فيها جمعة . فكأنه استثنى الجمعة بلفظه ثم تبطل بما إذا أنذرت المرأة أياماً

فيها عادة حيضها فإنه يصح مع إمكان فرضها فى غيرها . والأصل غير مسلم .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا خرج لواجب فهو على اعتكافه ما لم يطل . لأنه خروج لما لابد له منه أشبه الخروج لحاجة الإنسان ، فإن كان خروجه لصلاة الجمعة فله أن يتعجل ، قال أحمد : أرجو أن له ذلك . لأنه خروج جائز ، فجاز تعجيله كالخروج لحاجة الإنسان ، وإذا صلى الجمعة . فإن أحب أن يعتكف فى الجامع فله ذلك ، لأنه محل للاعتكاف والمكان لا يتعين للاعتكاف بنذره وتعيينه فمع عدم ذلك أولى ، وكذلك إن دخل فى طريقه مسجداً فأتم اعتكافه فيه جاز لذلك ، وإن أحب الرجوع إلى معتكفه فله ذلك ، لأنه خرج من معتكفه فكان له الرجوع إليه كما لو خرج إلى غير الجمعة ، قال بعض أصحابنا : يستحب له الإسراع إلى معتكفه وقال أبو داود : قلت لأحمد : يركع أعنى المعتكف يوم الجمعة بعد الصلاة فى المسجد قال نعم بقدر ما كان يركع ويحتمل أن يكون الخيرة إليه فى تعجيل الرجوع وتأخيره لأنه فى مكان يصلح للاعتكاف . فأشبه ما لو نوى الاعتكاف فيه ، فأما إن خرج ابتداء إلى مسجد آخر أو إلى الجامع من غير حاجة أو كان المسجد أبعد من موضع حاجته فمضى إليه ، لم يجز له ذلك ، لأنه خروج لغير حاجة ، أشبه ما لو خرج إلى غير المسجد ، فإن كان المسجدان متلاصقين يخرج من أحدهما فيصير فى الآخر فله الانتقال من أحدهما إلى الآخر ، لأنهما كمسجد واحد ينتقل من إحدى زاويتيه إلى الأخرى ، وإن كان يمشى بينهما فى غيرهما لم يجز له الخروج وإن قرب ، لأنه خروج من المسجد لغير حاجة واجبة .

(فصل) وإذا خرج لما لا بد منه فليس عليه أن يستعجل فى مشيه ، بل يمشى على عادته ، لأن عليه مشقة فى إلزامه غير ذلك ، وليس له الإقامة بعد قضاء حاجته لأكل ولا لغيره ، وقال أبو عبد الله بن حامد : يجوز أن يأكل اليسير فى بيته كاللقمة واللقمتين ، فأما جميع أكله فلا ، وقال القاضى : يتوجه أن له الأكل فى بيته ، والخروج إليه ابتداء ، لأن الأكل فى المسجد دناءة وترك للمروءة ، وقد يخفى جنس قوته عن الناس ، وقد يكون فى المسجد غيره فيستحى أن يأكل دونه وإن أطعمه معه لم يكفهما .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان ، وهذا كناية عن الحدث ، ولأنه خروج لما له منه بد ، أو لبث فى غير معتكفه لما له منه بد ، فأبطل الاعتكاف كمحادثة أهله ، وما ذكره القاضى : ليس بعذر يبيح الإقامة ولا الخروج ولو ساغ ذلك لساغ الخروج للنوم وأشباهه .

(فصل) وإن خرج لحاجة الإنسان وبقرب المسجد سقاية أقرب من منزله لا يحتشم من دخولها ، ويمكنه التنظف فيها لم يكن له المضى إلى منزله ، لأن له من ذلك بد وإن كان يحتشم من دخولها أو فيه نقيصة عليه ، أو مخالفة لعادته ، أو لا يمكنه التنظف فيها ، فله أن يمضى إلى منزله لما عليه من المشقة فى ترك المروءة وكذلك إن كان له منزلان أحدهما أقرب من الآخر يمكنه الوضوء فى الأقرب بلا ضرر . فليس له المضى إلى الأبعد . وإن بذل له صديقه أو غيره الوضوء فى منزله القريب لم يلزمه لما عليهمن المشقة بترك المروءةوالاحتشام من صاحبهقال المروذى : سألت أبا عبد الله عن الاعتكاف فى المسجد الكبير أعجب إليك أو مسجد الحى ؟ قال : المسجد الكبير ، وأرخص لى أن أعتكف فى غيره . قلت : فأين ترى أن اعتكف فى هذا الجانب ؟ أو فى ذاك الجانب . قال : فى ذاك الجانب هو أصلح من أجل السقاية ، قلت : فمن اعتكف فى هذا الجانب ترى أن يخرج إلى الشط يتهيأ ؟ قال : إذا كان له حاجة لا بد له من ذلك ، قلت : يتوضأ الرجل فى المسجد ؟ قال : لا يعجبنى أن يتوضأ فى المسجد .

(فصل) إذا خرج لما له منه بد بطل اعتكافه وإن قل ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى . وقال أبو يوسف . ومحمد بن الحسن . لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم . لأن اليسير معفو عنه بدليل أن صفية « أتت النبي صلى الله عليه وسلم تزوره فى معتكفه . فلما قامت لتنقلب خرج معها ليقلبها » ولأن اليسير معفو عنه بدليل ما لو تأنى فى مشيه .

ولنا : أنه خروج من معتكفه لغير حاجة فأبطله كما لو أقام أكثر من نصف يوم . أما خروج النبي صلى الله عليه وسلم فيحتمل أنه لم يكن له بد . لأنه كان ليلا. فلم يأمن عليها . ويحتمل أنه فعل ذلك لكون اعتكافه تطوعا له ترك جميعه فكان

له ترك بعضه . ولذلك تركه لما أراد نساؤه الاعتكاف معه . وأما المشى فتختلف فيه طباع الناس . وعليه فى تغيير مشـــيه مشقة ، ولله كذلك ههنا فإنه لا حاجة به إلى الخروج .

« مسألة » قال (ولا يعود مريضاً ، ولا يشهد جنازة ، إلا أن يشترط ذلك) .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

أحدهما : فى الخروج لعيادة المريض وشهود الجنازة مع عدم الاشتراط . واختلفت الرواية عن أحمد فى ذلك فروى عنه : ليس له فعله . وهو قول عطاء وعروة ومجاهد والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى . وروى عنه الأثرم ومحمد ابن الحكم : أن له أن يعود المريض ويشهد الجنازة ويعود إلى معتكفه . وهو قول على رضى الله عنه : وبه قال سعيد بن جبير والنخعى والحسن ، لما روى عاصم بن ضمرة عن على قال « إذا اعتكف الرجل فليشهد الجمعة وليعد المريض ، وليحضر الجنازة ولبأت أهله : وليأمرهم بالحاجة وهو قائم » رواه الإمام أحمد والأثرم . وقال أحمد : عاصم بن ضمرة عندى حجة . قال أحمد : يشهد الجنازة ، ويعود المريض ، ولا يجلس ويقضى الحاجة ، ويعود إلى معتكفه .

وجه الأول : ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اعتكف لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان » متفق عليه . وعنها رضى الله عنها أنها قالت « الســـنة على المعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ، ولا يمس امرأة ، ولا يباشرها ، ولا يخرج لحاجة إلا لما لابد منه » وعنها قالت : كان النبى صلى الله عليه وسلم يمر بالمريض وهو معتكف ، فيمر كما هو فلا يعرج يسأل عنه » رواهما أبو داود . ولأن هذا ليس بواجب . فلا يجوز ترك الاعتكاف الواجب من أجله كالمشى مع أخيه فى حاجة ليقضيها له . وإن تعينت عليه صلاة الجنازة وأمكنه فعلها فى المسجد لم يجز الخروج إليها . فإن لم يمكنه ذلك فله الخروج إليها . وإن تعين عليه دفن الميت أو تغسيله جاز أن يخرج له . لأن هذا واجب متعين فيقدم على الاعتكاف كصلاة الجمعة . فأما إن كان الاعتكاف

تطوعاً وأحب الخروج منه لعيادة مريض أو شهود جنازة جاز . لأن كل واحد منهما تطوع . فلا يتحتم واحد منهما لكن الأفضل المقام على اعتكافه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يعرج على المريض ولم يكن واجباً عليه . فأما إن خرج لما لا بد منه فسأل عن المريض فى طريقه ولم يعرج جاز . لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك .

(الفصل الثانى) إذا اشترط فعل ذلك فى اعتكافه فله فعله ، واجباً كان الاعتكاف أو غير واجب . وكذلك ما كان قربة كزيارة أهله أو رجل صالح أو عالم أو شهود جنازة . وكذلك ما كان مباحا مما يحتاج إليه كالعشاء فى منزله والمبيت فيه فله فعله . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المعتكف يشترط أن يأكل فى أهله ؟ فقال : إذا اشترط فنعم . قيل له : وتجيز الشرط فى الاعتكاف ؟ قال : نعم . قلت له : فيبيت فى أهله ؟ قال : إذا كان تطوعا جاز . وممن أجاز أن يشترط العشاء فى أهل الحسن والعلاء بن زياد والنخعى وقتادة . ومنع منه أبو مجلز ومالك والأوزاعى . قال مالك : لا يكون فى الاعتكاف شرط .

ولنا : أنه يجب بعقده . فكان الشرط إليه فيه كالوقف . ولأن الاعتكاف لا يختص بقدر . فإذا شرط الخروج فكأنه نذر القدر الذى أقامه . وإن قال : متى مرضت أو عرض لى عارض خرجت . جاز شرطه .

(فصل) وإن شرط الوطء فى اعتكافه أو الفرجة أو النزهة أو البيع للتجارة أو التكسب بالصناعة فى المسجد . لم يجز . لأن الله تعالى قال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد) فاشتراط ذلك اشتراط لمعصية الله تعالى . والصناعة فى المسجد منهى عنها فى غير الاعتكاف . ففى الاعتكاف أولى . وسائر ما ذكرناه يشبه ذلك . ولا حاجة إليه . فان احتاج إليه فلا يعتكف . لأن ترك الاعتكاف أولى من فعل المنهى عنه . قال أبو طالب : سألت أحمد عن المعتكف يعمل عمله من الخياطة وغيرها ؟ قال : ما يعجبنى أن يعمل . قلت : إن كان يحتاج . قال : إن كان يحتاج لا يعتكف .

(فصل) إذا خرج لما له منه بد عامداً بطل اعتكافه إلا أن يكون اشترط .

وإن خرج ناسياً فقال القاضى . لا يفسد اعتكافه . لأنه فعل المنهى عنه ناسياً . فلم تفسد العبادة كالأكل فى الصوم . وقال ابن عقيل : يفسد ، لأنه ترك للاعتكاف ، وهو لزوم للمسجد ، وترك الشيء عمده وسهوه سواء كترك النية فى الصوم . فإن أخرج بعض جسده لم يفسد اعتكافه . عمداً كان أو سهواً . لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخرج رأسه من المسجد وهو معتكف إلى عائشة فتغسله وهى حائض » متفق عليه .

(فصل) ويجوز للمعتكف صعود سطح المسجد . لأنه من جملته . ولهذا يمنع الجنب من اللبث فيه . وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى . ولا نعلم فيه مخالفاً . ويجوز أن يبيت فيه . وظاهر كلام الخرقى : أن رحبة المسجد ليست منه . وليس للمعتكف الخروج إليها . لقوله فى الحائض : يضرب لها خباء فى الرحبة . والحائض ممنوعة من المسجد . وقد روى عن أحمد ما يدل على هذا . وروى عنه المروذى : أن المعتكف يخرج إلى رحبة المسجد هى من المسجد ، قال القاضى : إن كان عليها حائط وباب فهى كالمسجد ، لأنها معه وتابعة له . وإن لم تكن محوطة لم يثبت لها حكم المسجد . فكأنه جمع بين الروايتين وحملهما على اختلاف الحالين . فإن خرج إلى منارة خارج المسجد للأذان بطل اعتكافه . قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يبطل . لأن منارة المسجد كالمتصلة به .

« مسألة » قال (ومن وطىء فقد أفسد اعتكافه ولا قضاء عليه ، إلا أن يكون واجباً .

وجملة ذلك : أن الوطء فى الاعتكاف محرم بالإجماع . والأصل فيه قول الله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها) فإن وطىء فى الفرج متعمداً أفسد اعتكافه بإجماع أهل العلم . حكاه ابن المنذر عنهم . ولأن الوطء إذا حرم فى العبادة أفسدها كالحج والصوم . وإن كان ناسياً فكذلك عند إمامنا وأبى حنيفة ومالك ، وقال الشافعى : لا يفسد اعتكافه . لأنها مباشرة لا تفسد الصوم ، فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة فيما دون الفرج .

ولنا : أن ما حرم في الاعتكاف استوى عمده وسهوه في إفساده كالخروج من المسجد . ولا يسلم أنها لا تفسد الصوم . ولأن المباشرة دون الفرج لا تفسد الاعتكاف إلا إذا اقترن بها الإنزال .

إذا ثبت هذا : فلا كفارة بالوطء في ظاهر المذهب ، وهو ظاهر كلام الخرقي وقول عطاء والنخعي وأهل المدينة ومالك وأهل العراق والثوري وأهل الشام والأوزاعي . ونقل حنبل عن أحمد : أن عليه كفارة ، وهو قول الحسن والزهري واختيار القاضي ، لأنه عبادة يفسدها الوطء لعينه . فوجبت الكفارة بالوطء فيها كالحج وصوم رمضان .

ولنا ، أنها عبادة لا تجب بأصل الشرع فلم تجب بإفسادها كفارة كالنوافل . ولأنها عبادة لا يدخل المال في جبرانها . فلم تجب الكفارة بإفسادها كالصلاة . ولأن وجوب الكفارة إنما يثبت بالشرع . ولم يرد الشرع بإيجابها : فتبقى على الأصل . وما ذكروه ينتقض بالصلاة وصوم غير رمضان ، والقياس على الحج لا يصح ، لأنه مباين لسائر العبادات . ولهذا يمضى في فاسده ، ويلزم بالشروع فيه . ويجب بالوطء فيه بدنة بخلاف غيره . ولأنه لو وجبت الكفارة ههنا بالقياس عليه للزم أن يكون بدنة . لأن الحكم في الفرع يثبت على صفة الحكم في الأصل ، إذ كان القياس : إنما هو توسعة مجرى الحكم . فيصير النص الوارد في الأصل وارداً في الفرع . فيثبت فيه الحكم الثابت في الأصل بعينه . وأما القياس على الصوم فهو دال على نفي الكفارة . لأن الصوم كله لا يجب بالوطء فيه كفارة سوى رمضان والاعتكاف أشبه بغير رمضان . لأنه نافلة لا يجب إلا بالنذر ، ثم لا يصح قياسه على رمضان أيضاً . لأن الوطء فيه إنما أوجب الكفارة لحرمة الزمان . ولذلك يجب على كل من لزمه الإمساك ، وإن لم يفسد به صوما .

واختلف موجبو الكفارة فيها فقال القاضي : يجب كفارة الظهار . وهو قول الحسن والزهري . وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل . فإنه روى عن الزهري أنه قال : من أصاب في اعتكافه فهو كهيئة المظاهر . ثم قال أبو عبد الله . إذا كان نهاراً وجبت عليه الكفارة ، ويحتمل أن أبا عبد الله إنما أوجب عليه الكفارة

إذا فعل ذلك فى رمضان . لأنه اعتبر ذلك فى النهار لأجل الصوم . ولو كان لمجرد الاعتكاف لما اختص الوجوب بالنهار ، كما لا يختص الفساد به . وحكى عن أبى بكر أن عليه كفارة يمين . ولم أر هذا عن أبى بكر فى كتاب الشافى . ولعل أبا بكر إنما أوجب عليه كفارة فى موضع تضمن الإفساد الإخلال بالنذر فوجبت لمخالفة نذره ، وهى كفارة يمين . فأما فى غير ذلك فلا . لأن الكفارة إنما تجب بنص أو إجماع أو قياس ، وليس هاهنا نص ولا إجماع ولا قياس . فإن نظير الاعتكاف الصوم ، ولا يجب بإفساده كفارة إذا كان تطوعا ولا منذوراً ما لم يتضمن الإخلال بنذره . فيجب به كفارة يمين كذلك هذا .

(فصل) فأما المباشرة دون الفرج . فإن كانت لغير شهوة فلا بأس بها ، مثل أن تغسل رأسه أو تفليه أو تناوله شيئاً . لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يدنى رأسه إلى عائشة وهو معتكف فترجله » وإن كانت عن شهوة فهى محرمة . لقول الله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد) ولقول عائشة : « السنة للمعتكف أن لا يعود مريضاً ، ولا يشهد جنازة ، ولا يمس امرأة ولا يباشرها » رواه أبو داود ، ولأنه لا يأمن إفضاءها إلى إفساد الاعتكاف ، وما أفضى إلى الحرام كان حراما ، فإن فعل فأنزل فسد اعتكافه ، وإن لم ينزل لم يفسد . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه . وقال فى الآخر : يفسد فى الحالين . وهو قول مالك . لأنها مباشرة محرمة . فأفسدت الاعتكاف كما لو أنزل .

ولنا : أنها مباشرة لا تفسد صوماً ولا حجاً . فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة لغير شهوة ، وفارق التى أنزل بها . لأنها تفسد الصوم ولا كفارة عليه ، إلا على رواية حنبل .

(فصل) وإن ارتد فسد اعتكافه لقوله تعالى (٣٩ : ٦٥ لئن أشركت ليحبطن عملك) ولأنه خرج بالردة عن كونه من أهل الاعتكاف ، وإن شرب ما أسكره فسد اعتكافه لخروجه عن كونه من أهل المسجد .

(فصل) وكل موضع فسد اعتكافه فإن كان تطوعا فلا قضاء عليه . لأن التطوع لا يلزم بالشروع فيه فى غير الحج والعمرة ، وإن كان نذراً نظرنا . فإن كان نذر

أياماً متتابعة فسد ما مضى من اعتكافه واستأنف . لأن التتابع وصف فى الاعتكاف ، وقد أمكنه الوفاء به . فلزمه ، وإن كان نذر أياماً معينة كالعشرة الأواخر من شهر رمضان ففيه وجهان .

أحدهما : يبطل ما مضى ويستأنفه . لأنه نذر اعتكافا متتابعاً . فبطل بالخروج منه كما لو قيده بالتتابع بلفظه .

والثانى : لا يبطل . لأن ما مضى منه قد أدى العبادة فيه أداءاً صحيحاً ، فلم يبطل بتركها فى غيره ، كما لو أفطر فى أثناء شهر رمضان . والتتابع ههنا حصل ضرورة التعيين ، والتعيين مصرح به ، وإذا لم يكن بد من الإخلال بأحدهما ففيما حصل ضرورة أولى ، ولأن وجوب التتابع من حيث الوقت لا من حيث النذر . فالخروج فى بعضه لا يبطل ما مضى منه ، كصوم رمضان إذا أفطر فيه ، فعلى هذا : يقضى ما أفسد فيه فحسب ، وعليه الكفارة على الوجهين جميعاً . لأنه تارك لبعض ما نذره وأصل الوجهين فيمن نذر صوماً معيناً فأفطر فى بعضه . فإن فيه روايتين كالمذهبين اللذين ذكرناهما .

(فصل) إذا نذر اعتكاف أيام متتابعة بصـــوم فأفطر يوماً . أفسد تتابعه . ووجب استئناف الاعتكاف لإخلاله بالإتيان بما نذره على صفته .

« مسألة » قال (وإذا وقعت فتنـة خاف منها ترك اعتكافه . فإذا أمن بنى على ما مضى إذا كان نذر أياماً معلومة ، وقضى ما ترك ، وكفر كفارة يمين . وكذلك فى النفير إذا احتيج إليه) .

وجملته . أنه إذا وقعت فتنة خاف منها على نفسه إن قعد فى المسجد أو على ماله نهباً أو حريقاً فله ترك الاعتكاف والخروج ، لأن هذا مما أباح الله تعالى لأجله ترك الواجب بأصل الشرع ، وهو الجمعـــة والجماعة ، فأولى أن يباح لأجله ترك ما أوجبه على نفسه ، وكذلك إن تعذر عليه المقام فى المسجد لمرض لا يمكنه المقام معه فيه ، كالقيام المتدارك أو سلس البول أو الإغماء ، أو لا يمكنه المقام إلا بمشقة شديدة مثل أن يحتاج إلى خدمة وفراش . فله الخروج ، وإن كان المرض خفيفاً كالصداع ووجع الضرس ونحوه ، فليس له الخروج ، فإن خرج بطل اعتكافه ،

وله الخروج إلى ما يتعين عليه من الواجب مثل الخروج فى النفير إذا عم ، أو حضر عدو يخافون كلبه ، واحتيج إلى خروج المعتكف ، لزمه الخروج . لأنه واجب متعين ، فلزم الخروج إليه كالخروج إلى الجمعة ، وإذا خرج ثم زال عذره نظرنا ، فإن كان تطوعاً فهو مخير إن شاء رجع إلى معتكفه وإن شاء لم يرجع ، وإن كان واجباً رجع إلى معتكفه فبنى على ما مضى من اعتكافه ، ثم لا يخلو النذر من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون نذر اعتكافاً فى أيام غير متتابعة ولا معينة ، فهذا لا يلزمه قضاء ، بل يتم ما بقى عليه ، لكنه يبتدىء اليوم الذى خرج فيه من أوله ليكون متتابعاً ، ولا كفارة عليه ، لأنه أتى بما نذر على وجهه ، فلا يلزمه كفارة كما لو لم يخرج

الثانى : نذر أياماً معينة كشهر رمضان . فعليه قضاء ما ترك وكفارة يمين . بمنزلة تركه المنذور فى وقته ، ويحتمل أن لا يلزمه كفارة . على ما سنذكره إن شاء الله .

الثالث : نذر أياماً متتابعة ، فهو مخير بين البناء والقضاء والتكفير . وبين الابتداء ، ولا كفارة عليه . لأنه يأتى بالمنذور على وجهه ، فلم يلزمه كفارة ، كما لو أتى به من غير أن يسبقه الاعتكاف الذى قطعه ، وذكر الخرقى مثل هذا فى الصيام ، فقال : ومن نذر أن يصوم شهراً متتابعاً ولم يسمه . فمرض فى بعضه فإذا عوفى بنى على ما مضى من صيامه ، وقضى ما ترك وكفر كفارة يمين ، وإن أحب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه ، وقال أبو الخطاب ، فيمن ترك الصيام المنذور لعذر : فعن أحمد فيه رواية أخرى . أنه لا كفارة عليه ، وهو قول مالك والشافعى وأبى عبيد . لأن المنذور كالمشروع ابتداء ، ولو أفطر فى رمضان لعذر لم يلزمه شىء . فكذلك المنذور . وقال القاضى : إن خرج لواجب ، كجهاد تعين . أو أداء شهادة واجبة ، فلا كفارة عليه ، لأنه خروج واجب لحق الله تعالى . فلم يجب به شىء ، كالمرأة تخرج لحيضها أو نفاسها ، وحمل كلام الخرقى على أنه يبنى على ما مضى دون إيجاب الكفارة ، وظاهر كلام الخرقى : أن عليه الكفارة . لأن النذر كاليمين . ومن حلف على فعل شىء فحنث لزمته الكفارة . سواء كان لعذر أو غيره . وسواء كانت المخالفة واجبة أو لم تكن ويفارق صوم رمضان . فإن الإخلال به والفطر فيه

لغير عذر لا يوجب الكفارة . ويفارق الحيض . فانه يتكرر ويظن وجوده فى زمن النذر . فيصير كالخروج لحاجة الإنسان وكالمستثنى بلفظه .

« مسألة » قال (والمعتكف لا يتجر ولا يتكسب بالصنعة)

وجملته : أن المعتكف لايجوز له أن يبيع ولا يشترى إلا ما لا بد له منه ، قال حنبل : سمعت أبا عبد الله يقول : المعتكف لا يبيع ولا يشترى إلا ما لا بد له منه طعام أو نحو ذلك . فأما التجارة والأخذ والعطاء فلا يجوز شيء من ذلك : وقال الشافعى : لا بأس أن يبيع ويشترى ويخيط ويتحدث مالم يكن مأثماً .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البيع والشراء فى المسجد » رواه الترمذى وقال : حديث حسن . ورأى عمران القصير رجلا يبيع فى المسجد فقال « يا هذا إن هذا سوق الآخرة . فإن أردت البيع فاخرج إلى سوق الدنيا » وإذا منع من البيع والشراء فى غير حال الاعتكاف ففيه أولى . فأما الصنعة فظاهر كلام الخرقى : أنه لايجوز منها مايكتسب به . لأنه بمنزلة التجارة بالبيع والشراء ، ويجوز ما يعمله لنفسه . كخياطة قميصه ونحوه ، وقد روى المروزى قال : سألت أبا عبد الله عن المعتكف . ترى له أن يخيط ؟ قال: لا ينبغى له أن يعتكف إذا كان يريد أن يفعل . وقال القاضى : لا تجوز الخياطة فى المسجد . سواء كان محتاجاً إليها أو لم يكن ؛ قل أو كثر : لأن ذلك معيشة أو تشغل عن الاعتكاف . فأشبه البيع والشراء فيه ، والأولى أن يباح له ما يحتاج إليه من ذلك إذا كان يسيراً مثل أن ينشق قميصه فيخيطه ؛ أو ينحل شيء يحتاج إلى ربط فيربطه . لأن هذا يسير تدعو الحاجة إليه . فجرى مجرى لبس قميصه وعمامته وخلعهما .

(فصل) يستحب للمعتكف التشاغل بالصلاة وتلاوة القرآن وذكر الله تعالى ونحو ذلك من الطاعات المحضة . ويجتنب ما لا يعنيه من الأقوال والأفعال ولا يكثر الكلام لأن من كثر كلامه كثر سقطه . وفى الحديث « من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه » ويجتنب الجدال والمراء والسباب والفحش . فإن ذلك مكروه فى غير الاعتكاف ففيه أولى . ولا يبطل الاعتكاف بشيء من ذلك . لأنه لما لم يبطل

بمباح الكلام لم يبطل بمحظوره . وعكسه الوطء ، ولا بأس بالكلام لحاجته ومحادثة غيره . فإن صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم معتكفا فأتيته أزوره ليلا فحدثته . ثم قمت . فانقلبت . فقام معى ليقلبني — وكان مسكنها فى دار أسامة بن زيد — فمر رجلان من الأنصار . فلما رأيا النبي صلى الله عليه وسلم أسرعا فقال النبي صلى الله عليه وسلم . على رسلكما إنها صفية بنت حيي . فقالا : سبحان الله يا رسول الله ، فقال : إن الشيطان يجرى من الإنسان مجرى الدم . وإنى خشيت أن يقذف فى قلوبكما شراً . أو قال شيئا » متفق عليه . وقال على رضى الله عنه « أيما رجل اعتكف فلا يساب ولا يرفث فى الحديث . ويأمر أهله بالحاجة . أى وهو يمشى ولا يجلس عندهم » رواه الإمام أحمد

(فصل) فأما إقراء القرآن وتدريس العلم ودرسه ومناظرة الفقهاء ومجالستهم وكتابة الحديث ونحو ذلك مما يتعدى نفعه فأكثر أصحابنا على أنه لا يستحب . وهو ظاهر كلام أحمد : وقال أبو الحسن الآمدى : فى استحباب ذلك روايتان . واختار أبو الخطاب : أنه مستحب . إذا قصد به طاعة الله تعالى لا المباهاه . وهذا مذهب الشافعى : لأن ذلك أفضل العبادات . ونفعه يتعدى . فكان أولى من تركه كالصلاة . واحتج أصحابنا بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف فلم ينقل عنه الاشتغال بغير العبادات المختصة به . ولأن الاعتكاف عبادة من شرطها المسجد . فلم يستحب فيها ذلك كالطواف . وما ذكروه يبطل بعيادة المرضى وشهود الجنازة . فعلى هذا القول فعله لهذه الأفعال أفضل من الاعتكاف . قال المروزى : قلت لأبى عبد الله : إن رجلا يقرأ فى المسجد وهو يريد أن يعتكف . ولعله أن يختم فى كل يوم ؟ فقال : إذا فعل هذا كان لنفسه . وإذا قعد فى المسجد كان له ولغيره . يقرأ أحب إلى ، وسئل : أيما أحب إليك : الاعتكاف أو الخروج إلى عبادان ؟ قال : ليس بعدل . الجهاد عندى شيء . يعنى أن الخروج إلى عبادان أفضل من الاعتكاف (١) .

(فصل) وليس من شريعة الإسلام : الصمت عن الكلام . وظاهر الأخبار

---

(١) عبادان بلد معروف . والظاهر أنه كان فى زمنهم محل مرابطة .

تحريمه ، قال قيس بن مسلم « دخل أبو بكر الصديق رضى الله عنه على امرأة من أحمس ، يقال لها زينب ، فرآها لا تتكلم . فقال : ما لها لا تتكلم ؟ قالوا : حجت مصمتة ، فقال لها : تكلمى ، فإن هذا لا يحل ، هذا من أعمال الجاهلية . فتكلمت » رواه البخارى ، وروى أبو داود باسناده عن على رضى الله عنه قال : حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا صمات يوم إلى الليل » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن صوم الصمت » فإن نذر ذلك فى اعتكافه أو غيره لم يلزمه الوفاء به . وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ولا نعلم فيه مخالفاً : لما روى ابن عباس قال « بينا النبى صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم . فسأل عنه ؟ فقالوا : أبو إسرائيل ، نذر أن يقوم فى الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ، ويصوم . فقال النبى صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه» رواه البخارى ، ولأنه نذر فعل منهى عنه فلم يلزمه ، كنذر المباشرة فى المسجد ، وإن أراد فعله لم يكن له ذلك ، سواء نذره أو لم ينذره ، وقال أبو ثور وابن المنذر : له فعله إذا كان أسلم .

ولنا : النهى عنه . وظاهره التحريم . والأمر بالكلام ومقتضاه الوجوب . وقول أبى بكر الصديق رضى الله عنه « إن هذا لا يحل هذا من عمل الجاهلية » وهذا صريح ولم يخالفه أحد من الصحابة فيما علمناه ، واتباع ذلك أولى .

(فصل) ولا يجوز أن يجعل القرآن بدلا من الكلام . لأنه استعمال له فى غير ما هو . فأشبه استعمال المصحف فى التوسد ونحوه ، وقد جاء « لا تناظروا بكتاب الله » قيل : معناه لا تتكلم به عند الشيء تراه كأن ترى رجلا قد جاء فى وقته فتقول (٢٠ : ٤٠ وجئت على قدر يا موسى) أو نحوه . ذكر أبو عبيدة نحو هذا المعنى .

« مسألة » قال (ولا بأس أن يتزوج فى المسجد ، ويشهد النكاح) .

وإنما كان كذلك . لأن الاعتكاف عبادة لا تحرم الطيب ، فلم تحرم النكاح كالصوم . ولأن النكاح طاعة وحضوره قربة ، ومدته لا تتطاول فيتشاغل به عن الاعتكاف . فلم يكره فيه ، كتشميت العاطس ورد السلام .

(فصل) ولا بأس أن يتنظف بأنواع التنظف . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يرجل رأسه وهو معتكف » وله أن يتطيب ويلبس الرفيع من الثياب . وليس ذلك بمستحب ، قال أحمد : لا يعجبني أن يتطيب : وذلك لأن الاعتكاف عبادة تختص مكانا ، فكان ترك الطيب فيها مشروعاً كالحج ، وليس ذلك بمحرم ؛ لأنه لا يحرم اللباس ولا النكاح ، فأشبه الصوم .

(فصل) ولا بأس أن يأكل المعتكف في المسجد ، ويضع سفرة يسقط عليها ما يقع منه كيلا يلوث المسجد ، ويغسل يده في الطست ليفرغ خارج المسجد ولا يجوز أن يخرج لغسل يده . لأن من ذلك بدأ ، وهل يكره تجديد الطهارة في المسجد ؟ فيه روايتان .

إحداهما : لا يكره ، لأن أبا العالية قال : حدثني من كان يخدم النبي صلى الله عليه وسلم قال « أما ما حفظت لكم منه أنه كان يتوضأ في المسجد » وعن ابن عمر أنه قال كان يتوضأ في المسجد الحرام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجال والنساء وعن ابن سيرين قال كان أبو بكر وعمر والخلفاء يتوضئون في المسجد ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وابن جريج .

والأخرى : يكره ، لأنه لا يسلم من أن يبصق في المسجد أو يتمخط ، والبصاق في المسجد خطيئة ، ويبل من المسجد مكانا يمنع المصلين من الصلاة فيه ، وإن خرج من المسجد للوضوء وكان تجديداً بطل ، لأنه خروج لما له منه بد ، وإن كان وضوأ من حدث لم يبطل . لأن الحاجة داعية إليه ، سواء كان في وقت الصلاة أو قبلها ، لأنه لابد من الوضوء للحدث ، وإنما يتقـــدم عن وقت الحاجة إليه لمصلحة وهو كونه على وضوء وربما يحتاج إلى صلاة النافلة به .

(فصل) إذا أراد أن يبول في المسجد في طست لم يبح له ذلك ، لأن المساجد لم تبن لهذا ؛ وهو مما يقبح ويفحش ويستخفى به ، فوجب صيانة المسجد عنه كما لو أراد أن يبول في أرضه ثم يغسله وإن أراد الفصد أو الحجامة فيه فكذلك ذكره القاضي . لأنه إراقة نجاسة في المسجد ؛ فأشبه البول فيه ؛ وإن دعت إليه حاجة كبيرة خرج من المسجد ففعله ؛ وإن استغنى عنه لم يكن له الخروج إليه كالمرض

الذى يمكن احتماله ، وقال ابن عقيل : يحتمل أن يجوز الفصد فى المسجد فى طست ، بدليل أن المستحاضة يجوز لها الاعتكاف ، ويكون تحتها شيء يقع فيه الدم ، قالت عائشة « اعتكفت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من أزواجه مستحاضة ، فكانت ترى الحمرة والصفرة وربما وضعت الطست تحتها وهى تصلى» رواه البخارى ، والفرق بينهما : أن المستحاضة لا يمكنها التحرز من ذلك إلا بترك الاعتكاف ، بخلاف الفصد .

« مسألة » قال (والمتوفى عنها زوجها وهى معتكفة تخرج لقضاء العده وتفعل كما فعل الذى خرج لفتنة) .

وجملته : أن المعتكفة إذا توفى زوجها لزمها الخروج لقضاء العدة ، وبهذا قال الشافعى ، وقال ربيعة ومالك وابن المنذر : تمضى فى اعتكافها حتى تفرغ منه ، ثم ترجع إلى بيت زوجها فتعتد فيه . لأن الاعتكاف المنذور واجب ، والاعتداد فى البيت واجب ، فقد تعارض واجبان فيقدم أسبقهما .

ولنا : أن الاعتداد فى بيت زوجها واجب . فلزمها الخروج إليه كالجمعة فى حق الرجل ، ودليلهم ينتقض بالخروج إلى الجمعة وسائر الواجبات ، وظاهر كلام الخرقى : أنها كالذى خرج لفتنة ، وأنها تبنى وتقضى وتكفر ، وقال القاضى : لا كفارة عليها ، لأن خروجها واجب ، وقد مضى القول فيه .

(فصل) وليس للزوجة أن تعتكف إلا بإذن زوجها ، ولا للمملوك أن يعتكف إلا بإذن سيده ، لأن منافعهما مملوكة لغيرهما . والاعتكاف يفوتها ويمنع استيفاءها وليس بواجب عليهما بالشرع ، فكان لهما المنع منه ، وأم الولد والمدبر كالقن فى هذا لأن الملك باق فيهما . فإن أذن السيد والزوج لهما ثم أراد إخراجهما منه بعد شروعهما فيه فلهما ذلك فى التطوع . وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة فى العبد كقولنا . وفى الزوجة : ليس لزوجها إخراجها . لأنها تملك بالتمليك . فالإذن أسقط حقه من منافعها . وأذن لها فى استيفائها فلم يكن له الرجوع فيها كما لو أذن لها فى الحج فأحرمت به ، بخلاف العبد فإنه لا يملك بالتمليك . وقال مالك : ليس له

تحليلهما . لأنهما عقدا على أنفسهما تمليك منافع كانا يملكانها لحق الله تعالى . فلم يجز الرجوع فيها ، كما لو أحرما بالحج بإذنهما .

ولنا : أن لهما المنع منه ابتداء فكان لهما المنع منه دواما كالعارية . ويخالف الحج . لأنه يلزم بالشروع فيه ، بخلاف الاعتكاف على ما مضى من الخلاف فيه . فإن كان ما أذنا فيه منذوراً لم يكن لهما تحليلهما منه . لأنه يتعين بالشروع فيه . ويجب إتمامه ، فيصير كالحج إذا أحرما به ، فأما إن نذرا الاعتكاف فأراد السيد والزوج منعهما الدخول فيه نظرت . فإن كان النذر بإذنهما وكان معيناً لم يملكا منعهما منه . لأنه وجب بإذنهما ، وإن كان بغير إذنهما فلهما منعهما منه . لأن نذرهما تضمن تفويت حق غيرهما بغير إذنه . فكان لصاحب الحق المنع منه ، وإن كان النذر المأذون فيه غير معين ، فهل لهما منعهما ؟ على وجهين . أحدهما : لهما ذلك منعهما . لأن حقهما ثابت فى كل زمن . فكان تعيين زمن سقوطه إليهما كالدين . والثانى : ليس لهما ذلك . لأنه وجب التزامه بإذنهما . فأشبه المعين ، وأما المعتق بعضه فإن كان بينه وبين سيده مهايأة ، فله أن يعتكف فى يومه بغير إذن سيده . لأن منافعه غير مملوكة لسيده فى هذا اليوم ، وحكمه فى يوم سيده حكم القن فإن لم يكن بينهما مهايأة فلسيده منعه . لأن له ملكا فى منافعه فى كل وقت .

(فصل) وأما المكاتب فليس لسيده منعه من واجب ولا تطوع . لأنه لا يستحق منافعه . وليس له إجباره على الكسب وإنما له دين فى ذمته فهو كالحر المدين .

« مسألة » قال (وإذا حاضت المرأة خرجت من المسجد وضربت خباء فى الرحبة) .

أما خروجها من المسجد فلا خلاف فيه : لأن الحيض حدث يمنع اللبث فى المسجد ، فهو كالجنابة وآكد منه . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » رواه أبو داود .

وإذا ثبت هذا : وإن المسجد إن لم يكن له رحبة رجعت إلى بيتها . فإذا طهرت رجعت فأتمت اعتكافها وقضت ما فاتها ، ولا كفارة عليها ، نص عليه أحمد ، لأنه خروج معتاد واجب ، أشبه الخروج للجمعة أو لما لا بد منه ، وإن كانت له رحبة

خارجة من المسجد يمكن أن تضرب فيها خباءها : فقال الخرقى : تضرب خباءها فيها مدة حيضها ، وهو قول أبى قلابة ، وقال النخعى : تضرب فسطاطها فى دارها ، فإذا طهرت قضت تلك الأيام ، وإن دخلت بيتاً أو سقفاً استأنفت ، وقال الزهرى ، وعمرو بن دينار ، وربيعة ، ومالك ، والشافعى : ترجع إلى منزلها ، فإذا طهرت فلترجع ، لأنه وجب عليها الخروج من المسجد ، فلم يلزمها الإقامة فى رحبته كالخارجة لعدة أو خوف فتنة .

ووجه قول الخرقى : ما روى المقدام بن شريح عن عائشة قالت « كن معتكفات إذا حضن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بإخراجهن من المسجد ، وأن يضربن الأخبية فى رحبة المسجد حتى يطهرن » رواه أبو حفص بإسناده . وفارق المعتدة . فان خروجها لتقيم فى بيتها وتعتد فيه . ولا يحصل ذلك مع الكون فى الرحبة ، وكذلك الخائفة من الفتنة خروجها لتسلم من الفتنة . فلا تقيم فى موضع لا تحصل السلامة بالإقامة فيه . والظاهر : إن إقامتها فى الرحبة مستحب . وليس بواجب ، وإن لم تقم فى الرحبة ورجعت إلى منزلها أوغيره فلا شىء عليها . لأنها خرجت بإذن الشرع . ومتى طهرت رجعت إلى المسجد فقضت وبنت ، ولا كفارة عليها . لا نعلم فيه خلافا . لأنه خروج لعذر معتاد . أشبه الخروج لقضاء الحاجة . وقول إبراهيم تحكم لا دليل عليه .

(فصل) فأما الاستحاضة : فلا تمنع الاعتكاف . لأنها لا تمنع الصلاة ولا الطواف . وقد قالت عائشة « اعتكفت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من أزواجه مستحاضة . فكانت ترى الحمرة والصفرة . وربما وضعنا الطست تحتها وهى تصلى » أخرجه البخارى .

إذا ثبت هذا . فإنها تتحفظ وتتلجم لئلا تلوث المسجد . فان لم يمكن صيانته منها خرجت من المسجد . لأنه عذر وخروج لحفظ المسجد من نجاستها . فأشبه الخروج لقضاء حاجة الإنسان .

(فصل) الخروج المباح فى الاعتكاف الواجب ينقسم أربعة أقسام :

أحدها : مالا يوجب قضاء ولا كفارة ، وهو الخروج لحاجة الإنسان . وشبهه مما لا بد منه .

والثانى : ما يوجب قضاء بلا كفارة ، وهو الخروج للحيض .

والثالث : ما يوجب قضاء وكفاوة . وهو الخروج لفتنة . وشبهه مما يخرج لحاجة نفسه .

والرابع . ما يوجب قضاء وفى الكفارة وجهان . وهو الخروج الواجب كالخروج فى النفير ؛ أو العدة ففى قول القاضى لا كفارة عليه . لأنه واجب لحق الله تعالى . أشبه الخروج للحيض . وظاهر كلام الخرقى : وجوبها ، لأنه خروج غير معتاد . فأوجب الكفارة كالخروج لفتنة .

« مسألة » قال (ومن نذر أن يعتكف شهراً بعينه دخل المسجد قبل غروب الشمس) .

وهذا قول مالك والشافعى . وحكى ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى : أنه يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر من أوله . وهو قول الليث وزفر . لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان إذا أراد أن يعتكف صلى الصبح ثم دخل معتكفه » متفق عليه ولأن الله تعالى قال (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) ولا يلزم الصوم إلا من قبل طلوع الفجر ، ولأن الصوم شرط فى الاعتكاف . فلم يجز ابتداؤه قبل شرطه .

ولنا : أنه نذر الشهر وأوله غروب الشمس . ولهذا تحل الديون المعلقة به ويقع الطلاق والعتاق المعلقان به . ووجب أن يدخل قبل الغروب ليستوفى جميع الشهر . فإنه لا يمكن إلا بذلك . ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب . كإمساك جزء من الليل مع النهار فى الصوم وأما الصوم : فإن محله النهار . فلا يدخل فيه شىء من الليل فى أثنائه ولا ابتدائه إلا ما حصل ضرورة ، بخلاف الاعتكاف . وأما الحديث فقال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً من الفقهاء قال به ، على أن الخبر إنما هو فى التطوع . فمتى شاء دخل . وفى مسألتنا نذر شهراً فيلزمه اعتكاف شهر كامل . ولا يحصل إلا أن يدخل فيه قبل غروب الشمس من أوله . ويخرج بعد غروبها من آخره . فأشبه ما لو نذر اعتكاف يوم . فإنه يلزمه الدخول فيه قبل طلوع فجره . ويخرج بعد غروب شمسه .

(فصـــل) وإن أحب اعتكاف العشر الأواخر من رمضان تطوعا ففيه روايتان :

إحداهما : يدخل قبل غروب الشمس من ليلة إحدى وعشرين . لما روى عن أبي سعيد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الأواسط من رمضان ، حتى إذا كان ليلة إحدى وعشرين . وهى الليلة التى يخرج فى صبيحتها من اعتكافه ، قال . من كان اعتكف معى فليعتكف العشر الأواخر » متفق عليه . ولأن العشر بغير هاء عدد الليالى فإنها عدد المؤنث . قال الله تعالى (وليال عشر) وأول الليالى العشر : ليلة إحدى وعشرين .

والرواية الثانية : يدخل بعد صلاة الصبح . قال حنبل قال أحمد : أحب إلى أن يدخل قبل الليل ولكن حديث عائشه « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى الفجر ثم يدخل معتكفه » وبهذا قال الأوزاعى وإسحاق . ووجهه : ما روت عمرة عن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا صلى الصبح دخل معتكفه » متفق عليه ، وإن نذر اعتكاف العشر ففى وقت دخوله الروايتان جميعاً .

(فصل) ومن اعتكف العشر الأواخر من رمضان استحب أن يبيت ليلة العيد فى معتكفه . نص عليه أحمد وروى عن النخعى . وأبى مجاز وأبى بكر بن عبد الرحمن والمطلب بن حنطب وأبى قلابة : أنهم كانوا يستحبون ذلك . وروى الأثرم . بإسناده عن أيوب عن أبى قلابة « أنه كان يبيت فى المسجد ليلة الفطر ثم يغدو كما هو إلى العيد وكان . يعنى فى اعتكافه — لا يلقى له حصير ولا مصلى يجلس عليه . كان يجلس كأنه بعض القوم . قال : فأتيته فى يوم الفطر . فإذا فى حجره جويرية مزينة ما ظننتها إلا بعض بناته وإذا هى أمة له . فأعتقها وغدا كما هو إلى العيد » وقال إبراهيم « كانوا يحبون لمن اعتكف العشر الأواخر من رمضان أن يبيت ليلة الفطر فى المسجد ثم يغدو إلى المصلى من المسجد » .

(فصل) وإذا نذر اعتكاف شهر لزمه شهر بالأهلة أو ثلاثون يوماً . وهل يلزمه التتابع ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى نذر الصوم .

أحدهما : لا يلزمه . وهو مذهب الشافعى . لأنه معنى يصح فيه التفريق ، فلا يجب فيه التتابع بمطلق النذر كالصيام .

والثانى : يلزمه التتابع . وهو قول أبي حنيفة ومالك . وقال القاضى : يلزمه التتابع قولا واحداً . لأنه معنى يحصل فى الليل والنهار . فإذا أطلقه اقتضى التتابع كما لو حلف لا يكلم زيداً شهراً وكمدة الإيلاء والعنة والعدة . وبهذا فارق الصيام . فان أتى بشهر بين هلالين أجزأه ذلك ، وإن كان ناقصاً . وإن اعتكف ثلاثين يوما من شهرين جاز وتدخل فيه الليالى ، لأن الشهر عبارة عنهما ولا يجزئه أقل من ذلك ، وإن قال : لله على أن أعتكف أيام هذا الشهر ، أو ليالى هذا الشهر ، لزمه ما نذر ، ولم يدخل فيه غيره ، وكذلك إن قال : شهراً فى النهار ، أو فى الليل .

(فصل) وإن قال : لله على أن أعتكف ثلاثين يوماً . فعلى قول القاضى : يلزمه التتابع ، وقال أبو الخطاب : لا يلزمه ، لأن اللفظ يقتضى ما تناوله ، والأيام المطلقة توجد بدون التتابع . فلا يلزمه كما لو قال : لله على أن أصوم ثلاثين يوماً ، فعلى قول القاضى : يدخل فيه الليالى الداخلة فى الأيام المنذورة . كما لو نذر شهراً ، ومن لم يوجب التتابع لا يقتضى أن تدخل الليالى فيه ، إلا أن ينويه ، فان نوى التتابع أو شرطه لزمه ، ودخل الليل فيه ، ويلزمه ما بين الأيام من الليالى . وبه قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة : يلزمه من الليالى بعدد الأيام إذا كان على وجه الجمع والتثنية يدخل فيه مثله من الليالى ، والليالى تدخل معها الأيام بدليل قوله تعالى (١٩ : ١٠ آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال سويا) وقال فى موضع آخر (٣ : ٤١ ثلاثة أيام إلا رمزاً) .

ولنا : أن اليوم اسم لبياض النهار ، والتثنية والجمع تكرار للواحد ، وإنما تدخل الليالى تبعا لوجوب التتابع ضمنا . وهذا يحصل بما بين الأيام خاصة ، فاكتفى به ، وأما الآية : فان الله تعالى نص على الليل فى موضع والنهار فى موضع فصار منصوصا عليهما . فان نذر اعتكاف يومين متتابعين لزمه يومان وليلة بينهما وإن نذر اعتكاف يومين مطلقا . فعلى قول القاضى : هو كما لو نذرهما متتابعين . وكذلك لو نذر ليلتين لزمه اليوم الذى بينهما ، وعلى قول أبي الخطاب . لا يلزمه التتابع ، ولا ما بينهما إلا بلفظه أو نيته .

(فصل) وإن نذر اعتكاف يوم لم يجز تفريقه ، ويلزمه أن يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر ، ويخرج منه بعد غروب الشمس ، وقال مالك : يدخل معتكفه

قبل غروب الشمس من ليلة ذلك اليوم ، كقولنا فى الشهر ، لأن الليل يتبع النهار بدليل ما لو كان متتابعاً .

ولنا : أن الليلة ليست من اليوم وهى من الشهر . قال الخليل : اليوم اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس . وإنما دخل الليل فى المتتابع ضمناً . ولهذا خصصناه بما بين الأيام وإن نذر اعتكاف ليلة لزمه دخول معتكفه قبل غروب الشمس ، ويخرج منه بعد طلوع الفجر . وليس له تفريق الاعتكاف . وقال الشافعى : له تفريقه . هذا ظاهر كلامه ، قياسا على تعريف الشهر .

ولنا : أن إطلاق اليوم يفهم منه التتابع فيلزمه . كما لو قال متتابعاً ، وفارق الشهر فانه اسم لما بين الهلالين ، واسم لثلاثين يوما ، واسم لغير ذلك ، واليوم لا يقع فى الظاهر إلا على ما ذكرنا ، وإن قال فى وسط النهار : لله على أن أعتكف يوما من وقتى هذا ، لزمه الاعتكاف من ذلك الوقت إلى مثله ، ويدخل فيه الليل ، لأنه فى خلال نذره ، فصار كما لو نذر يومين متتابعين ، وإنما لزمه بعض يومين لتعيينه ذلك بنذره ، فعلمنا أنه أراد ذلك ولم يرد يوما صحيحاً .

(فصل) وإن نذر اعتكافاً مطلقاً ، لزمه ما يسمى به معتكفاً ولو ساعة من ليل و نهار إلا على قولنا بوجوب الصوم فى الاعتكاف ، فيلزمه يوم كامل ، فأما اللحظة وما لا يسمى به معتكفاً . فلا يجزئه على الروايتين جميعاً .

(فصل) ولا يتعين شىء من المساجد بنذره الاعتكاف فيه إلا المساجد الثلاثة . وهى : المسجد الحرام ومسجد النبى صلى الله عليه وسلم ، والمسجد الأقصى . لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجدى هذا » متفق عليه ، ولو تعين غيرها بتعيينه لزمه المضى إليه ، واحتاج إلى شد الرحال لقضاء نذره فيه . ولأن الله تعالى لم يعين لعبادته مكانا . فلم يتعين بتعيين غيره ، وإنما تعينت هذه المساجد الثلاثة للخبر الوارد فيها ، ولأن العبادة فيها أفضل . فاذا عين ما فيه فضيلة لزمته كأنواع العبادة . وبهذا قال الشافعى فى صحيح قوليه . وقال فى الآخر . لا يتعين المسجد الأقصى . لأن النبي صلي الله عليه وسلم قال « صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه

إلا المسجد الحرام » رواه مسلم . وهذا يدل على التسوية فيما عدا هذين المسجدين . لأن المسجد الأقصى لو فضلت الصلاة فيه على غيره للزم أحد أمرين : إما خروجه من عموم هذا الحديث ، وإما كون فضيلته بألف مختصا بالمسجد الاقصى .

ولنا أنه من المساجد التى تشد الرحال إليها ، فتعين بالتعيين فى النذر ، كمسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، وما ذكروه لا يلزم ، فانه إذا فضل الفاضل بألف فقد فضل المفضول بها أيضاً .

(فصل) وإن نذر الاعتكاف فى المسجد الحرام ، لم يكن له الاعتكاف فيما سواه . لأنه أفضلها ، ولأن عمر « نذر أن يعتكف ليلة فى المسجد الحرام فى الجاهلية فسأل النبي صلى الله عليه وسلم ؟ فقال : أوف بنذرك » متفق عليه . وإن نذر أن يعتكف فى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم جاز له أن يعتكف فى المسجد الحرام ، لأنه أفضل منه . ولم يجز أن يعتكف فى المسجد الأقصى . لأن مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أفضل منه . وقال قوم : مسجد النبى صلى الله عليه وسلم أفضل من المسجد الحرام . لأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما دفن فى خير البقاع ، وقد نقله الله تعالى من مكة إلى المدينة فدل على أنها أفضل .

ولنا : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » وروى فى خبر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « صلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فيما سواه » رواه ابن ماجه فيدخل فى عمومه مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ؛ فتكون الصلاة فيه أفضل من مائة ألف صلاة فيما سوى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ، فأما إن نذر الاعتكاف فى المسجد الأقصى جاز له أن يعتكف فى المسجدين الآخرين ؛ لأنهما أفضل منه ، وقد روى الإمام أحمد فى مسنده عن رجال من الأنصار من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم « أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم يوم الفتح ؛ والنبى صلى الله عليه وسلم فى مجلس قريبا من المقام ؛ فسلم على النبى صلى الله عليه وسلم وقال : يا نبى الله ؛ إنى نذرت لئن فتح الله للنبى صلى الله عليه وسلم والمؤمنين مكة لأصلين فى بيت المقدس ؛ وإنى وجدت رجلا من أهل الشام ههنا فى قريش مقبلا معى ومدبراً

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ههنا فصل . فقال الرجل قوله هذا ثلاث مرات ؛ كل ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم : ههنا فصل . ثم قال الرابعة مقالته هذه ؛ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اذهب فصل فيه . فوالذى بعث محمداً بالحق لو صليت هاهنا لقضى عنك ذلك كل صلاة فى بيت المقدس » ومتى نذر الاعتكاف فى غير هذه المساجد فانهدم معتكفه ولم يمكن المقام فيه لزمه إتمام الاعتكاف فى غيره ولم يبطل اعتكافه .

(فصل) إذا نذر اعتكاف يوم يقدم فلان صح نذره ؛ فان ذلك ممكن ، فان قدم فى بعض النهار لزمه اعتكاف الباقى منه ؛ ولم يلزمه قضاء ما فات . لأنه فات قبل شرط الوجوب فلم يجب : كما لو نذر اعتكاف زمن ماض . لكن إذا قلنا : شرط صحة الاعتكاف الصوم . لزمه قضاء يوم كامل ؛ لأنه لا يمكنه أن يأتى بالاعتكاف فى الصوم فيما بقى من النهار ولا قضاؤه متميزاً مما قبله ؛ فلزمه يوم كامل ضرورة كما لو نذر صوم يوم يقدم فلان ؛ ويحتمل أن يجزئه اعتكاف ما بقى منه إذا كان صائماً ؛ لأنه قد وجد اعتكاف مع الصوم . وإن قدم ليلا لم يلزمه شىء . لأن ماالتزمه بالنذر لم يوجد . فان كان للناذر عذر يمنعه الاعتكاف عند قدوم فلان من حبس ؛ أو مرض قضى وكفر ؛ لفوات النذر فى وقته . ويقضى بقية اليوم فقط على حسب ما كان يلزم فى الأداء فى الرواية المنصورة ؛ وفى الأخرى يقضى يوما كاملا . بناء على اشتراط الصوم فى الاعتكاف .

كتاب الحج

الحج فى اللغة : القصد . وعن الخليل قال : الحج كثرة القصد إلى من تعظمه . قال الشاعر :

وأشهد من عوف حئولا كثيرة * يحجون سب الزبرقان المزعفرا

أى يقصدون . والسب العمامة . وفى الحج لغتان : الحج والحج — بفتح الحاء وكسرها .

والحج فى الشرع : اسم لأفعال مخصوصة يأتى ذكرها إن شاء الله . وهو أحد الأركان الخمسة التى بنى عليها الإسلام . والأصل فى وجوبه : الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٣ : ٩٧ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين) روى عن ابن عباس : ومن كفر باعتقاده أنه غير واجب . وقال الله تعالى (٢ : ١٩٦ وأتموا الحج والعمرة لله) .

وأما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم « بنى الإسلام على خمس » وذكر فيها الحج ، وروى مسلم باسناده عن أبى هريرة قال « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ؟ يا أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا . فقال رجل : أكل عام يا رسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاثا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو قلت نعم لوجبت ، ولما استطعتم . ثم قال : ذرونى ما تركتكم . فانما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم . فاذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شىء فدعوه » فى أخبار كثيرة سوى هذين ، وأجمعت الأمة على وجوب الحج على المستطيع فى العمر مرة واحدة .

« مسألة » قال أبو القاسم (ومن ملك زاداً وراحلة ، وهو بالغ عاقل . لزمه الحج والعمرة) .

وجملة ذلك : أن الحج إنما يجب بخمس شرائط : ـ الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ، والاستطاعة . لا نعلم فى هذا كله اختلافا . فأما الصبى والمجنون : فليسا بمكلفين . وقد روى على بن أبى طالب عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « رفع القلم عن ثلاثة ـ عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يشب ، وعن المعتوه حتى يعقل » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقال : حديث حسن ، وأما العبد فلا يجب عليه . لأنه عبادة تطول مدتها ، وتتعلق بقطع مسافة . وتشترط لها الاستطاعة بالزاد والراحلة . ويضيع حقوق سيده المتعلقة به . فلم يجب عليه كالجهاد ، وأما الكافر : فغير مخاطب بفروع الدين خطابا يلزمه أداء . ولا يوجب قضاء . وغير المستطيع لا يجب عليه . لأن الله تعالى خص المستطيع بالإيجاب عليه . فيختص بالوجوب . وقال الله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) .

(فصل) وهذه الشروط الخمسة . تنقسم أقساما ثلاثة منها : ما هو شرط للوجوب والصحة . وهو : الإسلام : والعقل . فلم يجب على كافر ، ولا مجنون ، ولا تصح منهما لأنهما ليسا من أهل العبادات ، ومنها : ما هو شرط للوجوب والأجزاء . وهو البلوغ ، والحرية ، وليس بشرط للصحة . فلو حج الصبى ، والعبد صح حجهما ولم يجزئهما عن حجة الإسلام ، ومنها : ما هو شرط للوجوب فقط . وهو الاستطاعة . فلو تجشم غير المستطيع المشقة . وسار بغير زاد وراحلة فحج كان حجه صحيحاً مجزئاً كما لو تكلف القيام فى الصلاة والصيام من يسقط عنه أجزأه .

(فصل) واختلفت الرواية فى شرطين وهما : تخلية الطريق . وهو أن لا يكون فى الطريق مانع من عدو ونحوه ، وإمكان المسير ، وهو أن تكمل فيه هذه الشرائط والوقت متسع يمكنه الخروج إليه . فروى أنهما من شرائط الوجوب فلا يجب الحج بدونهما . لأن الله تعالى إنما فرض الحج على المستطيع . وهذا غير مستطيع . ولأن هذا يتعذر معه فعل الحج فكان شرطا كالزاد والراحلة . وهذا مذهب أبى حنيفة ، والشافعى . وروى أنهما ليسا من شرائط الوجوب . وإنما يشترطان للزوم السعى فلو كملت هذه الشروط الخمسة ، ثم مات قبل وجود هذين الشرطين حج عنه بعد موته وإن أعسر قبل وجودهما بقى فى ذمته . وهذا ظاهر كلام الخرقى . فانه لم يذكرهما .

وذلك : لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل مايوجب الحج قال « الزاد والراحلة » قال الترمذى . هذا حديث حسن . وهذا له زاد وراحلة ولأن هذا عذر يمنع نفس الأداء فلم يمنع الوجوب كالعضب ، ولأن إمكان الأداء ليس بشرط فى وجوب العبادات بدليل ما لو طهرت الحائض أو بلغ الصبى أو أفاق المجنون . ولم يبق من وقت الصلاة ما يمكن أداؤها فيه ، والاستطاعة مفسرة بالزاد والراحلة . فيجب المصير إلى تفسيره ، والفرق بينهما وبين الزاد والراحلة . أنه يتعذر مع فقدهما الأداء دون القضاء ، وفقد الزاد والراحلة يتعذر معه الجميع فافترقا .

(فصل) وإمكان المسير معتبر بما جرت به العادة ، فلو أمكنه المسير بأن يحمل على نفسه ويسير سيراً يجاوز العادة أو يعجز عن تحصيل آلة السفر لم يلزمه السعى . وتخلية الطريق : هو أن تكون مسلوكة لا مانع فيها بعيدة كانت أو قريبة براً كان أو بحراً إذا كان الغالب السلامة ، فإن لم يكن الغالب السلامة لم يلزمه سلوكه ، فإن كان فى الطريق عدو يطلب خفارة ، فقال القاضى : لا يلزمه السعى ، وإن كانت يسيرة . لأنها رشوة فلا يلزم بذلها فى العبادة كالكبيرة ، وقال ابن حامد : إن كان ذلك مما لا يجحف بماله لزمه الحج . لأنها غرامة يقف إمكان الحج على بذلها فلم يمنع الوجوب مع إمكان بذلها كثمن الماء وعلف البهائم .

(فصل) والاستطاعة المشترطة ملك الزاد والراحلة وبه قال الحسن ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، والشافعى ، وإسحاق ، قال الترمذى : والعمل عليه عند أهل العلم ، وقال عكرمة هى الصحة . وقال الضحاك : إن كان شابا فليؤاجر نفسه بأكله وعقبه حتى يقضى نسكه وعن مالك : إن كان يمكنه المشى وعادته سؤال الناس (١) لزمه الحج . لأن هذه الاستطاعة فى حقه . فهو كواجد الزاد والزاحلة .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة فوجب الرجوع إلى تفسيره فروى الدارقطنى بإسناده عن جابر ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وأنس وعائشة رضى الله عنهم : أن النبى صلى الله

---

(١) فيه أن السؤال محرم إلا لضرورة الحياة فكيف يجعل واجباً لغير ضرورة بل الإسلام لا يكلف المسلم قبول منة الهبة والضيافة فضلا عن ذل السؤال .

عليه وسلم سئل ما السبيل ؟ قال « الزاد والراحلة » وروى ابن عمر قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما يوجب الحج ؟ قال « الزاد والراحلة » رواه الترمذى . وقال حديث حسن ، وروى الإمام أحمد حدثنا هشيم عن يونس عن الحسن . قال : لما نزلت هذه الآية (٣ : ٩٧ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) قال رجل يا رسول الله ما السبيل ؟ قال « الزاد والراحلة » ولأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فاشترط لوجوبها الزاد والراحلة كالجهاد ، وما ذكروه ليس باستطاعة فإنه شاق وإن كان عادة ، والاعتبار بعموم الأحوال دون خصوصها . كما أن رخص السفر تعم من يشق عليه ومن لا يشق عليه .

(فصل) ولا يلزمه الحج ببذل غيره له ولا يصير مستطيعاً بذلك . سواء كان الباذل قريباً أو أجنبياً ، وسواء بذل له الركوب والزاد ، أو بذل له مالا ، وعن الشافعى : أنه إذا بذل له ولده ما يتمكن به من الحج لزمه . لأنه أمكنه الحج من غير منة تلزمه ، ولا ضرر يلحقه فلزمه الحج كما لو ملك الزاد والراحلة .

ولنا : أن قول النبي صلى الله عليه وسلم يوجب الحج الزاد والراحلة يتعين فيه تقدير ملك ذلك أو ملك ما يحصل به بدليل ما لو كان الباذل أجنبياً ، ولأنه ليس بمالك للزاد والراحلة ، ولا ثمنهما فلم يلزمه الحج كما لو بذل له والده . ولا نسلم أنه لا يلزمه منة ، ولو سلمنا فيبطل ببذل الوالد وبذل من للمبذول له عليه أيادى كثيرة ونعم .

(فصل) ومن تكلف الحج ممن لا يلزمه . فإن أمكنه ذلك من غير ضرر يلحق بغيره . مثل أن يمشى ويكتسب بصناعة كالخرز أو معاونة من ينفق عليه أو يكترى لزاده ، ولا يسأل الناس استحب له الحج لقول الله تعالى (٢٢ : ٢٧ يأتوك رجالا وعلى كل ضامر) فقدم ذكر الرجال . ولأن فى ذلك مبالغة فى طاعة الله عز وجل وخروجا من الخلاف ، وإن كان يسأل الناس كره له الحج . لأنه يضيق على الناس ويحصل كلا عليهم فى التزام مالا يلزمه ، وسئل أحمد عمن يدخل البادية بلا زاد ولا راحلة . فقال : لاأحب له ذلك ، هذا يتوكل على أزواد الناس .

(فصل) ويختص اشتراط الراحلة بالبعيد الذى بينه وبين البيت مسافة القصر ،

فأما القريب الذى يمكنه المشى : فلا يعتبر وجود الراحلة فى حقه . لأنها مسافة قريبة يمكنه المشى إليها فلزمه كالسعى إلى الجمعة ، وإن كان ممن لا يمكنه المشى : اعتبر وجود الحمولة فى حقه ، لأنه عاجز عن المشى . فهو كالبعيد . وأما الزاد فلا بد منه . فان لم يجد زاداً ولا قدر على كسبه لم يلزمه الحج .

(فصل) والزاد الذى تشترط القدرة عليه هو ما يحتاج إليه فى ذهابه ورجوعه من مأكول ومشروب وكسوة . فان كان يملكه أو وجده يباع بثمن المثل فى الغلاء والرخص أو بزيادة يسيرة لا تجحف بماله لزمه شراؤه ، وإن كانت تجحف بماله لم يلزمه كما قلنا فى شراء الماء للوضوء ، وإذا كان يجد الزاد فى كل منزلة لم يلزمه حمله ، وإن لم يجده كذلك لزمه حمله ، وأما الماء وعلف البهائم . فان كان يوجد فى المنازل التى ينزلها على حسب العادة وإلا لم يلزمه حمله من بلده ولا من أقرب البلدان إلى مكة كأطراف الشام ونحوها . لأن هذا يشق ولم تجر العادة به ، ولا يتمكن من حمل الماء لبهائمه فى جميع الطريق ، والطعام بخلاف ذلك ، ويعتبر أيضاً قدرته على الآلات التى يحتاج إليها كالغرائر ونحوها وأوعية الماء وما أشبهها . لأنه مما لا يستغنى عنه . فهو كأعلاف البهائم .

(فصل) وأما الراحلة فيشترط أن يجد راحلة تصلح لمثله إما بشراء أو بكراء لذهابه ورجوعه ويجد ما يحتاج إليه من آلتها التى تصلح لمثله . فان كان ممن يكفيه الرحل والقتب ولا يخشى السقوط أجزأ وجود ذلك ، وإن كان ممن لم تجر عادته بذلك ويخشى السقوط عنهما . اعتبر وجود محمل وما أشبهه مما لا مشقة فى ركوبه ولا يخشى السقوط عنه . لأن اعتبار الراحلة فى حق القادر على المشى إنما كان لدفع المشقة . فيجب أن يعتبر ههنا ما تندفع به المشقة ، وإن كان ممن لا يقدر على خدمة نفسه ، والقيام بأمره ، اعتبرت القدرة على من يخدمه . لأنه من سبيله .

(فصل) ويعتبر أن يكون هذا فاضلا عما يحتاج إليه لنفقة عياله الذين تلزمه مؤونتهم فى مضيه ورجوعه . لأن النفقة متعلقة بحقوق الآدميين ، وهم أحوج ، وحقهم آكد . وقد روى عبد الله بن عمرو عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت » رواه أبو داود . وأن يكون فاضلا عما

يحتاج هو وأهله إليه من مسكن وخادم وما لا بد منه ، وأن يكون فاضلا عن قضاء دينه . لأن قضاء الدين من حوائجه الأصلية ويتعلق به حقوق الآدميين . فهو آكد . ولذلك منع الزكاة مع تعلق حقوق الفقراء بها وحاجتهم إليها فالحج الذى هو خالص حق الله تعالى أولى وسواء كان الدين لآدمى معين أو من حقوق الله تعالى كزكاة فى ذمته أو كفارات ونحوها ، وإن احتاج إلى النكاح وخاف على نفسه العنت قدم التزويج . لأنه واجب عليه ولا غنى به عنه فهو كنفقته . وإن لم يخف قدم الحج . لأن النكاح تطوع فلا يقدم على الحج الواجب ، وإن حج من تلزمه هذه الحقوق وضيعها صح حجه . لأنها متعلقة بذمته فلا تمنع صحة فعله .

(فصل) ومن له عقار يحتاج إليه لسكناه ، أو سكنى عياله أو يحتاج إلى أجرته لنفقة نفسه أو عياله أو بضاعة متى نقصها اختل ربحها فلم يكفهم ، أو سائمة يحتاجون إليها لم يلزمه الحج ، وإن كان له من ذلك شىء فاضل عن حاجته لزمه بيعه فى الحج فإن كان له مسكن واسع يفضل عن حاجته وأمكنه بيعه وشراء ما يكفيه ويفضل قدر ما يحج به لزمه . وإن كانت له كتب يحتاج إليها لم يلزمه بيعها فى الحج ، وإن كانت مما لا يحتاج إليها أو كان له بكتاب نسختان يستغنى بأحدهما باع ما لا يحتاج إليه فإن كان له دين على ملىء باذل له يكفيه للحج لزمه . لأنه قادر ، وإن كان على معسر أو تعذر استيفاؤه عليه لم يلزمه .

(فصل) وتجب العمرة على من يجب عليه الحج فى إحدى الروايتين ، روى ذلك عن عمر ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر وسعيد بن المسيب ، وسعيد ابن جبير ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبى ، وبه قال الثورى ، وإسحق ، والشافعى فى أحد قوليه (والرواية الثانية) ليست واجبة وروى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة أواجبة هى ؟ قال « لا وأن تعتمروا فهو أفضل » أخرجه الترمذى . وقال هذا حديث حسن صحيح . وعن طلحة : أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحج جهاد ، والعمرة تطوع » رواه ابن ماجه ، ولأنه نسك غير موقت فلم يكن واجباً كالطواف المجرد .

ولنـا قول الله تعالى (٢ : ١٩٦ وأتموا الحج والعمرة لله) ومقتضى الأمر الوجوب(١) ثم عطفها على الحج ، والأصل : التساوى بين المعطوف ، والمعطوف عليه ، قال ابن عباس . إنها لقرينة الحج فى كتاب الله ، وعن الضبي بن معبد « قال : أتيت عمر ، فقلت يا أمير المؤمنين : إنى أسلمت ، وإنى وجدت الحج والعمرة مكتوبين على فأهللت بهما فقال عمر : هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم » رواه أبو داود والنسائى ، وعن أبى رزين أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله : إن أبى شيخ كبير لا يستطيع الحج ، ولا العمرة ، ولا الظعن قال : « حج عن أبيك واعتمر » رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال حديث حسن صحيح وذكره أحمد ثم قال : وحديث يرويه سعيد بن عبد الرحمن الجمحى عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر قال : جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال أوصنى قال « تقيم الصلاة ، وتؤتى الزكاة ، وتحج ، وتعتمر » وروى الأثرم بإسناده عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن وكان فى الكتاب أن العمرة هى الحج الأصغر ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا مخالف لهم نعلمه إلا ابن مسعود على اختلاف عنه ، وأما حديث جابر . فقال الترمذى ، قال الشافعى : هو ضعيف لا تقوم بمثله الحجة ، وليس فى العمرة شيء ثابت بأنها تطوع ، وقال ابن عبد البر : روى ذلك بأسانيد لا تصح . ولا تقوم بمثلها الحجة ثم نحمله على المعهود ، وهى العمرة التى قضوها حين أحصروا فى الحديبية ، أو على العمرة التى اعتمروها مع حجتهم مع النبي صلى الله عليه وسلم ، فإنها لم تكن واجبة على من اعتمر أو نحمله على ما زاد على العمرة الواحدة ، وتفـارق العمرة الطواف ، لأن من شرطها ، الإحرام ، والطواف بخلافه .

(فصل) وليس على أهل مكة عمرة . نص عليه أحمد . وقال : كان ابن عباس يرى العمرة واجبة ويقول : يا أهل مكة ليس عليكم عمرة إنما عمرتكم طوافكم

---

(١) لكنه أمر بالإتمام لمن شرع فيها ، ولا خلاف فيه والآثار بعدها ليس فيها نص بالوجوب .

بالبيت ، وبهذا قال عطاء ، وطاوس ، قال عطاء : ليس أحد من خلق الله إلا عليه حج وعمرة واجبان لا بد منهما لمن استطاع إليهما سبيلا إلا أهل مكة ، فإن عليهم حجة ، وليس عليهم عمرة من أجل طوافهم بالبيت ، ووجه ذلك : أن ركن العمرة ومعظمها الطواف بالبيت وهم يفعلونه فأجزأ عنهم ، وحمل القاضى : كلام أحمد على أنه لا عمرة عليهم مع الحجة ، لأنه يتقدم منهم فعلها فى غير وقت الحج ، والأمر على ما قلناه .

(فصل) وتجزىء عمرة المتمتع ، وعمرة القارن والعمرة من أدنى الحل عن العمرة الواجبة ، ولا نعلم فى إجزاء عمرة التمتع خلافاً كذلك ، قال ابن عمر ، وعطاء وطاوس ، ومجاهد ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وروى عن أحمد : أن عمرة القارن لا تجزىء وهو اختيار أبى بكر وعن أحمد : أن العمرة من أدنى الحل لا تجزىء عن العمرة الواجبة . وقال : إنما هى من أربعة أميال . واحتج على أن عمرة القارن لا تجزىء أن عائشة حين حاضت أعمرها من التنعيم ، فلو كانت عمرتها فى قرانها أجزأتها لما أعمرها بعدها .

ولنا : قول الضبى بن معبد إنى وجدت الحج والعمرة مكتوبين على فأهللت بهما . فقال عمر « هديت لسنة نبيك » وهذا يدل على أنه أحرم بهما يعتقد أداء ما كتبه الله عليه منهما والخروج عن عهدتهما فصوبه عمر . وقال : « هديت لسنة نبيك » وحديث عائشة حين قرنت الحج والعمرة . فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم حين حلت منهما « قد حللت من حجك وعمرتك » وإنما أعمرها النبى صلى الله عليه وسلم من التنعيم قصداً ليطيب قلبها وإجابة مسألتها لا لأنها كانت واجبة عليها ، ثم إن لم تكن أجزأتها عمرة القران . فقد أجزأتها العمرة من أدنى الحل . وهو أحد ما قصدنا الدلالة عليه ، ولأن الواجب عمرة واحدة ، وقد أتى بها صحيحة فتجزئه كعمرة المتمتع ، ولأن عمرة القارن أحد نسكى القران فأجزأت كالحج . والحج من مكة يجزىء فى حق المتمتع فالعمرة من أدنى الحل فى حق المفرد أولى ، وإذا كان الطواف المجرد يجزىء عن العمرة فى حق المكى . فلأن تجزىء العمرة المشتملة على الطواف وغيره أولى .

(فصل) ولا بأس أن يعتمر فى السنة مراراً . روى ذلك عن على ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأنس ، وعائشة ، وعطاء ، وطاوس ، وعكرمة ، والشافعى ، وكره العمرة فى السنة مرتين : الحسن ، وابن سيرين ، ومالك . وقال النخعى : ما كانوا يعتمرون فى السنة إلا مرة ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يفعله .

ولنا : أن عائشة اعتمرت فى شهر مرتين بأمر النبى صلى الله عليه وسلم عمرة مع قرانها ، وعمرة بعد حجها . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما » متفق عليه . وقال على رضى الله عنه : فى كل شهر مرة وكان أنس إذا حمم رأسه خرج فاعتمر . رواهما الشافعى فى مسنده . وقال عكرمة : يعتمر إذا أمكن الموسى من شعره . وقال عطاء : إن شاء اعتمر فى كل شهر مرتين فأما الإكثار من الاعتمار والموالاة بينهما . فلا يستحب فى ظاهر قول السلف الذى حكيناه . وكذلك قال أحمد : إذا اعتمر فلا بد من أن يحلق أو يقصر وفى عشرة أيام يمكن حلق الرأس ، فظاهر هذا : أنه لا يستحب أن يعتمر فى أقل من عشرة أيام . وقال فى رواية الأثرم : إن شاء اعتمر فى كل شهر . وقال بعض أصحابنا : يستحب الإكثار من الاعتمار . وأقوال السلف وأحوالهم تدل على ما قلناه ولأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم ينقل عنهم الموالاة بينهما ، وإنما نقل عنهم إنكار ذلك . والحق فى إتباعهم . قال طاوس : الذين يعتمرون من التنعيم ما أدرى يؤجرون عليها أو يعذبون ؟ قيل له : فلم يعذبون ؟ قال : لأنه يدع الطواف بالبيت ويخرج إلى أربعة أميال ويجىء وإلى أن يجىء من أربعة أميال قد طاف مائتى طواف وكلما طاف بالبيت كان أفضل من أن يمشى فى غير شىء .

وقد اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم أربع عمر فى أربع سفرات لم يزد فى كل سفرة على عمرة واحدة ولا أحد ممن معه . ولم يبلغنا أن أحداً منهم جمع بين عمرتين فى سفر واحد معه إلا عائشة حين حاضت فأعمرها من التنعيم . لأنها اعتقدت أن عمرة قرانها بطلت . ولهذا قالت يا رسول الله يرجع الناس بحج وعمرة وأرجع أنا بحجة فأعمرها لذلك ولو كان فى هذا فضل لما اتفقوا على تركه .

(فصل) وروى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « عمرة فى

رمضان تعدل حجة » متفق عليه قال أحمد : من أدرك يوما من رمضان . فقد أدرك عمرة رمضان . وقال إسحاق يعنى هذا الحديث مثل ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من قرأ قل هو الله أحد فقد قرأ ثلث القرآن » وقال أنس : « حج النبى صلى الله عليه وسلم حجة واحدة واعتمر أربع عمر . واحدة فى ذى القعدة ، وعمرة الحديبية ، وعمرة مع حجته ، وعمرة الجعرانة إذ قسم غنيمة حنين » . وهذا حديث حسن صحيح متفق عليه . وقال أحمد : حج النبى صلى الله عليه وسلم حجة الوداع . قال : وروى عن مجاهد أنه قال : حج قبل ذلك حجة أخرى . وما هو يثبت عندى وروى عن جابر قال : حج النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث حجج : حجتين قبل أن يهاجر ، وحجة بعد ما هاجر . وهذا حديث غريب .

(فصل) وروى عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تابعوا بين الحج والعمرة فانهما ينفيان الفقر والذنوب كما ينفى الكير خبث الحديد والذهب والفضة وليس للحج المبرور ثواب إلا الجنة » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أتى هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع من ذنوبه كيوم ولدته أمه » متفق عليه وهو فى الموطأ .

« مسألة » قال (فإن كان مريضاً لا يرجى برؤه ، أو شيخا لا يستمسك على الراحلة . أقام من يحج عنه ، ويعتمر وقد أجزأ عنه وإن عوفى) .

وجملة ذلك : أن من وجدت فيه شرائط وجوب الحج وكان عاجزاً عنه لمانع مأيوس من زواله كزمانة أو مرض لا يرجى زواله أو كان نضو الخلق لا يقدر على الثبوت على الراحلة إلا بمشقة غير محتملة . والشيخ الفانى . ومن كان مثله متى وجد من ينوب عنه فى الحج ومالا يستنيبه به لزمه ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال مالك : لا حج عليه إلا أن يستطيع بنفسه . ولا أرى له ذلك . لأن الله تعالى قال (٣ : ٩٧ من استطاع إليه سبيلا) وهذا غير مستطيع . ولأن هذه عبادة لا تدخلها النيابة مع القدرة فلا تدخلها مع العجز كالصوم والصلاة .

ولنا : حديث أبى رزين وروى ابن عباس أن امرأة من خثعم قالت : يا رسول

الله إن فريضة الله على عباده فى الحج أدركت أبى شيخا كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال « نعم » وذلك فى حجة الوداع متفق عليه . وفى لفظ لمسلم قالت : يا رسول الله إن أبى شيخ كبير عليه فريضة الله فى الحج وهو لا يستطيع أن يستوى على ظهر بعيره . فقال النبى صلى الله عليه وسلم « فحجى عنه » وسئل على رضى الله عنه عن شيخ لا يجد الاستطاعة قال . يجهز عنه . ولأن هذه عبادة تجب بإفسادها الكفارة . فجاز أن يقوم غير فعله فيها مقام فعله كالصوم إذا عجز عنه افتدى بخلاف الصلاة .

(فصل) وإن لم يجد مالا يستنيب به فلا حج عليه بغير خلاف . لأن الصحيح لو لم يجد ما يحج به لم يجب عليه فالمريض أولى وإن وجد مالا ولم يجد من ينوب عنه . فقياس المذهب : أنه ينبنى على الروايتين فى إمكان المسير هل هو من شرائط الوجوب ، أو من شرائط لزوم السعى ؟ فإن قلنا من شرائط لزوم السعى . ثبت الحج فى ذمته ، هذا يحج عنه بعد موته وإن قلنا : من شرائط الوجوب لم يجب عليه شىء .

(فصل) ومتى أحج هذا عن نفسه ثم عوفى لم يجب عليه حج آخر . وهذا قول اسحق : وقال الشافعى ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : يلزمه . لأن هذا بدل إياس فإذا برأ تبينا أنه لم يكن مأيوساً منه فلزمه الأصل . كالآيسه إذا اعتدت بالشهور ثم حاضت لا تجزئها تلك العدة .

ولنا : أنه أتى بما أمر به فخرج عن العهدة كما لو لم يبرأ أو نقول أدى حجة الإسلام بأمر الشارع فلم يلزمه حج ثان . كما لو حج بنفسه ، ولأن هذا يفضى إلى إيجاب حجتين عليه ، ولم يوجب الله عليه إلا حجة واحدة . وقولهم لم يكن مأيوسا من برئه ، قلنا لولم يكن مأيوسا منه لما أبيح له أن يستنيب فإنه شرط لجواز الاستنابة أما الآيسة إذا اعتدت بالشهور فلا يتصور عود حيضها . فإن رأت دما فليس بحيض ، ولا يبطل به اعتدادها . ولكن من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه إذا اعتدت سنة ثم عاد حيضها لم يبطل اعتدادها . فأما إن عوفى قبل فراغ النائب من الحج فينبغى أن لا يجزئه الحج . لأنه قدر على الأصل قبل تمام البدل فلزمه

كالصغيرة ومن ارتفع حيضها : إذا حاضتا قبل إتمام عدتهما بالشهور وكالمتيمم إذا رأى الماء فى صلاته . ويحتمل أن يجزئه كالمتمتع إذا شرع فى الصيام ثم قدر على الهدى ، والمكفر إذا قدر على الأصل بعد الشروع فى البدل . وإن برأ قبل إحرام النائب لم يجزئه بحال .

(فصل) ومن يرجى زوال مرضه والمحبوس ونحوه ليس له أن يستنيب . فإن فعل لم يجزئه ، وإن لم يبرأ . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة له ذلك . ويكون ذلك مراعى . فإن قدر على الحج بنفسه لزمه . وإلا أجزأه ذلك لأنه عاجز عن الحج بنفسه أشبه المأيوس من برئه .

ولنا : أنه يرجو القدرة على الحج بنفسه فلم يكن له الاستنابة ولا تجزئه إن فعل كالفقير وفارق المأيوس من برئه . لأنه عاجز على الإطلاق آيس من القدرة على الأصل فأشبه الميت . ولأن النص إنما ورد فى الحج عن الشيخ الكبير ، وهو ممن لا يرجى منه الحج بنفسه فلا يقاس عليه إلا من كان مثله . فعلى هذا . إذا استناب من يرجو القدرة على الحج بنفسه ثم صار مأيوساً من برئه . فعليه أن يحج عن نفسه مرة أخرى . لأنه استناب فى حال لا تجوز له الاستنابة فيها فأشبه الصحيح .

(فصل) ولا يجوز أن يستنيب فى الحج الواجب من يقدر على الحج بنفسه إجماعاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من عليه حجة الإسلام وهو قادر على أن يحج لا يجزىء عنه أن يحج غيره عنه ، والحج المنذور كحجة الإسلام فى إباحة الإستنابة عند العجز والمنع منها مع القدرة . لأنها حجة واجبة فأما حج التطوع فينقسم أقساماً ثلاثة :

(أحدها) أن يكون ممن لم يؤد حجة الإسلام ، فلا يجوز أن يستنيب فى حجة التطوع . لأنه لا يصح أن يفعل بنفسه فبنائبه أولى .

(الثانى) أن يكون ممن قد أدى حجة الإسلام وهو عاجز عن الحج بنفسه . فيصح أن يستنيب فى التطوع فإن ما جازت الإستنابة فى فرضه جازت فى نفله كالصدقة.

(الثالث) أن يكون قد أدى حجة الإسلام وهو قادر على الحج بنفسه . فهل له أن يستنيب فى حج التطوع ؟ فيه روايتان .

(إحداهما) يجوز . وهو قول أبى حنيفة . لأنها حجة لا تلزمه بنفسه فجاز أن يستنيب فيها كالمعضوب .

(والثانية) لا يجوز . وهى مذهب الشافعى . لأنه قادر على الحج بنفسه فلم يجز أن يستنيب فيه كالفرض .

(فصل) فإن كان عاجزاً عنه عجزاً مرجو الزوال كالمريض مرضاً يرجى برؤه والمحبوس جاز له أن يستنيب فيه . لأنه حج لا يلزمه عجز عن فعله بنفسه فجاز له أن يستنيب فيه كالشيخ الكبير . والفرق بينه وبين الفرض أن الفرض عبادة العمر فلا يفوت بتأخيره عن هذا العام والتطوع مشروع فى كل عام فيفوت حج هذا العام بتأخيره . ولأن حج الفرض إذا مات قبل فعله فعل بعد موته وحج التطوع لا يفعل فيفوت .

(فصل) وفى الاستئجار على الحج والأذان وتعليم القرآن والفقه ونحوه مما يتعدى نفعه ويختص فاعله أن يكون من أهل القربة روايتان :

(إحداهما) لا يجوز ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وإسحق : والأخرى يجوز . وهو مذهب مالك والشافعى ، وابن المنذر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » رواه البخارى وأخذ أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم الجعل على الرقية بكتاب الله وأخبروا بذلك النبى صلى الله عليه وسلم فصوبهم فيه . ولأنه يجوز أخذ النفقة عليه فجاز الاستئجار عليه كبناء المساجد والقناطر . ووجه الرواية الأولى : أن عبادة بن الصامت كان يعلم رجلا القرآن فأهدى له قوساً فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له : « إن سرك أن تتقلد قوساً من نار فتقلدها » وقال النبى صلى الله عليه وسلم لعثمان بن أبى العاص « واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً » ولأنها عبادة يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فلم يجز أخذ الأجرة عليها كالصلاة ، والصوم . وأما الأحاديث التى فى أخذ الجعل والأجرة . فإنما كانت فى الرقية . وهى قضية فى عين فتختص بها ، وأما بناء المساجد فلا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة ويجوز أن يقع قربة وغير قربة . فإذا وقع بأجرة لم يكن قربة ولا عبادة ، ولا يصح ههنا أن يكون غير

عبادة ، ولا يجوز الاشتراك فى العبادة فتى فعله من أجل الأجرة خرج عن كونه عبادة فلم يصح ولا يلزم من جواز أخذ النفقة جواز أخذ الأجرة بدليل القضاء والشهادة والإمامة يؤخذ عليها الرزق من بيت المال . وهو نفقة فى المعنى، ولايجوز أخذ الأجرة عليها . وفائدة الخلاف أنه متى لم يجز أخذ الأجرة عليها فلا يكون إلا نائباً محضاً . وما يدفع إليه من المال يكون نفقة لطريقه . فلو مات أو أحصر أو مرض أو ضل الطريق لم يلزمه الضمان لما أنفق نص عليه أحمد . لأنه إنفاق بإذن صاحب المال فأشبه ما لو أذن له فى سد بثق فانبثق ولم ينسد، وإذا ناب عنه آخر . فإنه يحج من حيث بلغ النائب الأول من الطريق ، لأنه حصل قطع هذه المسافة بمال المنوب عنه . فلم يكن عليه الإنفاق دفعة أخرى كما لو خرج بنفسه فمات فى بعض الطريق . فإنه يحج عنه من حيث انتهى وما فضل معه من المال رده إلا أن يؤذن له فى أخذه وينفق على نفسه بقدر الحاجة من غير إسراف ولا تقتير . وليس له التبرع بشىء منه إلا أن يؤذن له فى ذلك . قال أحمد : فى الذى يأخذ دراهم للحج لا يمشى ولا يقتر فى النفقة ولا يسرف ، وقال فى رجل أخذ حجة عن ميت ففضلت معه فضلة يردها ولا يناهد أحداً إلا بقدر ما لا يكون سرفا ولا يدعو إلى طعامه ولا يتفضل ، ثم قال : أما إذا أعطى ألف درهم أو كذا وكذا . فقيل له حج بهذه فله أن يتوسع فيها . وإن فضل شىء فهو له . وإذا قال الميت . حجوا عنى حجة بألف درهم فدفعوها إلى رجل فله أن يتوسع فيها وما فضل فهو له . وإن قلنا : يجوز الاستئجار على الحج جاز أن يقع الدفع إلى النائب من غير استئجار فيكون الحكم فيه على ما مضى ، وإن استأجره ليحج عنه أو عن ميت اعتبر فيه شروط الإجارة من معرفة الأجرة وعقد الإجارة وما يأخذه أجرة له يملكه ، ويباح له التصرف فيه والتوسع به فى النفقة وغيرها ، وما فضل فهو له ، وإن أحصر . أوضل الطريق ، أو ضاعت النفقة منه . فهو فى ضمانه والحج عليه . وإن مات انفسخت الإجارة . لأن المعقود عليه تلف فانفسخ العقد كما لو ماتت البهيمة المستأجرة ، ويكون الحج أيضاً من موضع بلغ إليه النائب وما لزمه من الدماء فعليه . لأن الحج عليه .

(فصل) فأما النائب غير المستأجر . فما لزمه من الدماء بفعل محظور فعليه في ماله . لأنه لم يؤذن له في الجناية فكان موجبها عليه كما لو لم يكن نائباً ، ودم المتعة والقران إن أذن له في ذلك على المستنيب لأنه أذن في سببهما وإن لم يؤذن له . فعليه . لأنه كجنايته، ودم الإحصار على المستنيب . لأنه للتخلص من مشقة السفر فهو كنفقة الرجوع . وإن أفسد حجه فالقضاء عليه ، ويرد ما أخذ . لأن الحجة لم تجزىء عن المستنيب لتفريطه وجنايته ، وكذلك إن فاته الحج بتفريطه ، وإن فات بغير تفريط احتسب له بالنفقة . لأنه لم يفت بفعله فلم يكن مخالفاً كما لو مات . وإن قلنا بوجوب القضاء . فهو عليه في نفسه كما لو دخل في حج ظن أنه عليه ولم يكن ففاته .

(فصل) وإذا سلك النائب طريقاً يمكنه سلوك أقرب منه ففاضل النفقة في ماله ، وإن تعجل عجلة يمكنه تركها فكذلك ، وإن أقام بمكة أكثر من مدة القصر بعد إمكان السفر للرجوع أنفق من مال نفسه . لأنه غير مأذون له فيه . فأما من لا يمكنه الخروج قبل ذلك . فله النفقة . لأنه مأذون له فيه ، وله نفقة الرجوع ، وإن أقام بمكة سنين ما لم يتخذها داراً . فإن اتخذها داراً ولو ساعة لم يكن له نفقة رجوعه ، لأنه صار بنية الإقامة مكياً فسقطت نفقته فلم تعد ، وإن مرض في الطريق فعاد فله نفقة رجوعه ، لأنه لا بد له منه حصل بغير تفريطه فأشبه ما لو قطع عليه الطريق أو أحصر ، وإن قال : خفت أن أمرض فرجعت فعليه الضمان . لأنه متوهم . وعن أحمد فيمن مرض في الكوفة فرجع يرد ما أخذ . وفي جميع ذلك إذا أذن له في النفقة . فله ذلك . لأن المال للمستنيب فجاز ما أذن فيه ، وإن شرط أحدهما أن الدماء الواجبة عليه على غيره لم يصح الشرط . لأن ذلك من موجبات فعله أو الحج الواجب عليه فلم يجز شرطه على غيره كما لو شرطه على أجنبي .

(فصل) يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة ، والمرأة عن الرجل والمرأة ، في الحج في قول عامة أهل العلم لا نعلم فيه مخالفاً إلا الحسن بن صالح فإنه كره حج المرأة عن الرجل . قال ابن المنذر : هذه غفلة عن ظاهر السنة . فإن النبي

صلى الله عليه وسلم أمر المرأة أن تحل عن أبيها وعليه يعتمد من أجاز حل المرء عن غيره وفى الباب حديث أبى رزين وأحاديث سواه .

(فصل) ولا يجوز الحل والعمرة عن حى إلا بإذنه فرضاً كان أو تطوعا . لأنها عبادة تدخلها النيابة فلم تجز عن البالغ العاقل إلا بإذنه كالزكاة ، فأما الميت : فتجوز عنه بغير إذن واجباً كان أو تطوعا . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالحل عن الميت . وقد علم أنه لا إذن له ، وما جاز فرضه جاز نفله كالصدقة . فعلى هذا : كل ما يفعله النائب عن المستنيب عما لم يؤمر به مثل أن يؤمر بحل فيعتمر أو بعمرة فيحل يقع عن الميت . لأنه يصح عنه من غير إذنه ، ولا يقع عن الحى لعدم إذنه فيه ، ويقع عمن فعله . لأنه لما تعذر وقوعه عن المنوى عنه وقع عن نفسه كما لو استنابه رجلان فأحرم عنهما جميعا ، وعليه رد النفقة . لأنه لم يفعل ما أمر به فأشبه ما لو لم يفعل شيئاً .

فصول فى مخالفة النائب

إذا أمره بحج فتمتع أو اعتمر لنفسه من الميقات ، ثم حج نظرت . فإن خرج إلى الميقات فأحرم منه بالحج جاز ولا شيء عليه نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى . وإن أحرم بالحج من مكة فعليه دم لترك ميقاته ، ويرد من النفقة بقدر ما ترك من إحرام الحج فيما بين الميقات ومكة ، وقال القاضى : لا يقع فعله عن الآمر ويرد جميع النفقة . لأنه أتى بغيرما أمر به وهو مذهب أبى حنيفة .

ولنا : أنه إذا أحرم من الميقات فقد أتى بالحج صحيحاً من ميقاته . وإن أحرم به من مكة فما أخل إلا بما يجبره الدم ، فلم تسقط نفقته ، كما لوتجاوزالميقات غيرمحرم فأحرم دونه ، وإن أمره بالافراد فقرن لم يضمن شيئاً ، وهو قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يضمن . لأنه مخالف .

ولنا : أنه أتى بما أمر به وزيادة فصح ولم يضمن ، كما لو أمره بشراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوى إحداهما ديناراً ، ثم إن كان أمره بالعمرة بعد الحج ففعلها ، فلا شيء عليه ، وإن لم يفعل رد من النفقة بقدرها .

(فصل) وإن أمره بالتمتع فقرن وقع عن الآمر ، لأنه أمر بهما ، وإنما خالف فى أنه أمره بالإحرام بالحج من مكة فأحرم به من الميقات ، وظاهر كلام أحمد : أنه لا يرد شيئاً من النفقة ، وهو مذهب الشافعى ، وقال القاضى : يرد نصف النفقة ، لأن غرضه فى عمرة مفردة وتحصيل فضيلة التمتع ، وقد خالفه فى ذلك وفوته عليه ، وإن أفرد وقع عن المستنيب أيضاً ويرد نصف النفقة ، لأنه أخل بالإحرام بالعمرة من الميقات ، وقد أمره به ، وإحرامه بالحج من الميقات زيادة لا يستحق به شيئاً .

(فصل) فإن أمره بالقران فأفرد أو تمتع صح ووقع النسكان عن الآمر ، ويرد من النفقة بقدر ما ترك من إحرام النسك الذى تركه من الميقات ، وفى جميع

ذلك إذا أمره بالنسكين ففعل أحدهما دون الآخر رد من النفقة بقدر ماترك ، ووقع المفعول عن الآمر وللنائب من النفقة بقدره .

(فصل) وإن استنابه رجـــل الحج وآخر فى العمرة وأذنا له فى القران ففعل جاز ، لأنه نسك مشروع ، وإن قرن من غير إذنهما ، صح ووقع عنهما ، ويرد من نفقة كل واحد منهما نصفها . لأنه جعل السفر عنهما بغير إذنهما ، وإن أذن أحدهما دون الآخر رد على غير الآمر نصف نفقته وحده ، وقال القاضى : إذا لم يأذنا له ضمن الجميع . لأنه أمر بنسك مفرد ولم يأت به ، فكان مخالفاً كما لو أمر بحج فاعتمر .

ولنا : أنه أتى بما أمر به . وإنما خالف فى صفته لا فى أصله . فأشبه من أمر بالتمتع فقرن ، ولو أمر بأحد النسكين فقرن بينه وبين النسك الآخر لنفسه ، فالحكم فيه كذلك . ودم القران على النائب إذا لم يؤذن له فيه لعـــدم الإذن فى سببه ، وعليهما ، إن أذنا لوجود الإذن فى سببه ، ولو أذن أحدهما دون الآخر فعلى الآذن نصف الدم ونصفه على النائب .

(فصل) وإن أمر بالحج فحج ثم اعتمر لنفسه أو أمره بعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه . صح ولم يرد شيئاً من النفقة . لأنه أتى بما أمر به على وجهه ، وإن أمره بالإحرام من ميقات فأحرم من غيره جاز ، لأنهما سواء فى الأجزاء ، وإن أمره بالإحرام من بلده فأحرم من الميقات جاز . لأنه الأفضل ، وإن أمره بالإحرام من الميقات فأحرم من بلده جاز . لأنه زيادة لا تضر ، وإن أمره بالحج فى سنة أو بالاعتمار فى شهر ففعله فى غيره جاز . لأنه مأذون فيه فى الجملة .

(فصل) فإن استنابه اثنان فى نسك فأحرم به عنهما وقع عن نفسه دونهما . لأنه لا يمكن وقوعه عنهما ، وليس أحدهما بأولى من صاحبه ، وإن أحرم عن نفسه وغيره وقع عن نفسه لأنه إذا وقع عن نفسه ولم ينوها فمع نيته أولى ، وإن أحرم عن أحدهما غير معين احتمل أن يقع عن نفسه أيضاً . لأن أحدهما ليس أولى من الآخر . فأشبه ما لو أحرم عنهما . واحتمل أن يصح . لأن الإحرام يصح بالمجهول فصح عن المجهول ، وإلا صرفه إلى من شاء منهما . اختاره أبو الخطاب ،

فإن لم يفعل حتى طاف شوطاً وقع عن نفسه ولم يكن له صرفه إلى أحدهما . لأن الطواف لا يقع عن غير معين .

« مسألة » قال (وحكم المرأة إذا كان لها محرم كحكم الرجل) .

ظاهر هذا : أن الحج لا يجب على المرأة التى لا محرم لها . لأنه جعلها بالمحرم كالرجل فى وجوب الحج . فمن لا محرم لها لا تكون كالرجل . فلا يجب عليها الحج . وقد نص عليه أحمد ، فقال أبو داود : قلت لأحمد : امرأة موسرة لم يكن لها محرم ، هل يجب عليها الحج ؟ قال : لا ، وقال أيضاً : المحرم من السبيل ، وهذا قول الحسن ، والنخعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وعن أحمد : أن المحرم من شرائط لزوم السعى دون الوجوب ، فمتى فاتها الحج بعد كمال الشرائط الخمس بموت أو مرض لا يرجى برؤه أخرج عنها حجة . لأن شروط الحج المختصة به قد كملت . وإنما المحرم لحفظها . فهو كتخلية الطريق وإمكان المسير ، وعنه رواية ثالثة : أن المحرم ليس بشرط فى الحج الواجب . قال الأثرم : سمعت أحمد يسأل : هل يكون الرجل محرماً لأم امرأته يخرجها إلى الحج ؟ فقال : أما فى حجة الفريضة فأرجو . لأنها تخرج إليها مع النساء ومع كل من أمنته وأما فى غيرها فلا . والمذهب الأول . وعليه العمل . وقال ابن سيرين ومالك والأوزاعى والشافعى : ليس المحرم شرطاً فى حجها بحال ، قال ابن سيرين : تخرج مع رجل من المسلمين لا بأس به . وقال مالك : تخرج مع جماعة النساء . وقال الشافعى : تخرج مع حرة مسلمة ثقة . وقال الأوزاعى . تخرج مع قوم عدول ، تتخذ سلماً تصعد عليه وتنزل ولا يقربها رجل ، إلا أنه يأخذ رأس البعير وتضع رجلها على ذراعه . قال ابن المنذر : تركوا القول بظاهر الحديث . واشترط كل واحد منهم شرطاً لا حجة معه عليه . واحتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة . وقال لعدى ابن حاتم « يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة تؤم البيت لا جوار معها . لا تخاف إلا الله » ولأنه سفر واجب : فلم يشترط له المحرم كالمسلمة إذا تخلصت من أيدى الكفار .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل

لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم إلا ومعها ذو محرم » وعن ابن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لايخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم ولا تسافر امرأة إلا ومعها ذو محرم » فقام رجل فقال : يا رسول الله إني كنت في غزوة كذا وانطلقت امرأتي حاجة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « انطلق فاحجج مع امرأتك » متفق عليهما . وروى ابن عمر وأبو سعيد نحواً من حديث أبي هريرة . قال أبو عبد الله : أما أبو هريرة فيقول « يوماً وليلة » ويروى عن أبي هريره « لا تسافر سفراً أيضاً » وأما حديث أبي سعيد يقول : « ثلاثة أيام . قلت ما تقول أنت ؟ قال . لا تسافر سفراً قليلا ولا كثيراً إلا مع ذي محرم » وروى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تحجن امرأة إلا ومعها ذو محرم » وهذا صريح في الحكم . ولأنها أنشأت سفراً في دار الإسلام . فلم يجز بغير محرم كحج التطوع . وحديثهم محمول على الرجل بدليل أنهم اشترطوا خروج غيرها معها . فجعل ذلك لغير المحرم الذي بينه النبي صلى الله عليه وسلم في أحاديثنا أولى مما اشترطوه بالتحكم من غير دليل . ويحتمل أنه أراد أن الزاد والراحلة يوجب الحج مع كمال بقية الشروط . ولذلك اشترطوا تخلية الطريق وإمكان المسير وقضاء الدين ونفقة العيال . واشترط مالك إمكان الثبوت على الراحلة ، وهي غير مذكورة في الحديث . واشترط كل واحد منهم في محل النزاع شرطاً من عند نفسه ، لا من كتاب ولا من سنة . فما ذكره النبي صلى الله عليه وسلم أولى بالاشتراط . ولو قدر التعارض لحديثنا أخص وأصح وأولى بالتقديم . وحديث عدي يدل على وجود السفر لا على جوازه . ولذلك لم يجز في غير الحج المفروض ، ولم يذكر فيه خروج غيرها معها . وقد اشترطوا ههنا خروج غيرها معها .

وأما الأسيرة إذا تخلصت من أيدي الكفار . فإن سفرها سفر ضرورة لا يقاس عليه حالة الاختيار . ولذلك تخرج فيه وحدها . ولأنها تدفع ضرراً متيقناً بتحمل الضرر المتوهم . فلا يلزم تحمل ذلك من غير ضرر أصلا .

(فصل) والمحرم زوجها أو من تحرم عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح ،

كأبيها وابنها وأخيها من نسب أو رضاع . لما روى أبو سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً إلا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو ذو محرم منها » رواه مسلم . قال أحمد : ويكون زوج أم المرأة محرماً لها يحج بها ، ويسافر الرجل مع أم ولد جده ، فإذا كان أخوها من الرضاعة خرجت معه . وقال فى أم امرأته : يكون محرماً لها فى حج الفرض دون غيره . قال الأثرم : كأنه ذهب إلى أنها لم تذكر فى قوله (٢٤ : ٣١ ولا يبدين زينتهن) الآية : فأما من تحل له فى حال كعبدها وزوج أختها فليسا بمحرم لها ، نص عليه أحمد . لأنهما غير مأمونين عليها . ولا تحرم عليهما على التأبيد فهما كالأجنبى . وقد روى عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » أخرجه سعيد . وقال الشافعى : عبدها محرم لها . لأنه يباح له النظر إليها فكان محرماً لها . كذى رحمها . والأول أولى ويفارق ذا الرحم . لأنه مأمون عليها وتحرم عليه على التأبيد ، وينتقض ما ذكروه بالقواعد من النساء وغير أولى الإربة من الرجال . وأما أم الموطوءة بشبهة أو المزنى بها أو ابنتهما فليس بمحرم لها . لأن تحريمهما بسبب غير مباح . فلم يثبت به حكم المحرمية كالتحريم الثابت باللعان . وليس له الخلوة بهما ولا النظر إليهما لذلك . والكافر ليس بمحرم المسلمة . وإن كانت ابنته ، قال أحمد فى يهودى أو نصرانى أسلمت ابنته : لا يزوجها . ولا يسافر معها ليس هو لها بمحرم . وقال أبو حنيفة والشافعى : هو محرم لها . لأنها محرمة عليه على التأبيد .

ولنا : أن إثبات المحرمية يقتضى الخلوة بها . فيجب أن لا تثبت لكافر على مسلمة كالحضانة للطفل . ولأنه لا يؤمن عليها أن يفتنها عن دينها كالطفل . وما ذكروه يبطل بأم المزنى بها وابنتها والمحرمة باللعان وبالمجوسى مع ابنته . ولا ينبغى أن يكون فى المجوسى خلاف . فإنه لا يؤمن عليها . ويعتقد حلها . نص عليه أحمد فى مواضع . ويشترط فى المحرم أن يكون بالغاً عاقلا . قيل لأحمد : فيكون الصبى محرماً . قال : لا حتى يحتلم . لأنه لا يقوم بنفسه . فكيف يخرج مع امرأة . وذلك لأن المقصود بالمحرم حفظ المرأة . ولا يحصل إلا من البالغ العاقل فاعتبر ذلك.

(فصل) ونفقة المحرم فى الحج عليها . نص عليه أحمد . لأنه من سبيلها . فكان عليها نفقته كالراحلة . فعلى هذا يعتبر فى استطاعتها أن تملك زاداً وراحلة لها ولمحرمها . فإن امتنع محرمها من الحج معها مع بذلها له نفقته فهى كمن لا محرم لها . لأنها لا يمكنها الحج بغير محرم . وهل يلزمه إجابتها إلى ذلك ؟ على روايتين نص عليهما والصحيح أنه لا يلزمه الحج معها فى الحج مشقة شديدة وكلفة عظيمة . فلا تلزم أحداً لأجل غيره ، كما لم يلزمه أن يحج عنها إذا كانت مريضة .

(فصل) وإذا مات محرم المرأة فى الطريق . فقال أحمد : إذا تباعدت مضت فقضت الحج ، قيل له : قدمت من خراسان فمات وليها ببغداد ؟ فقال : تمضى إلى الحج . وإذا كان الفرض خاصة فهو آكد ، ثم قال : لابد لها من أن ترجع . وهذا لأنها لا بد لها من السفر بغير محرم ، فمضيها إلى قضاء حجها أولى لكن إن كان حجها تطوعا وأمكنها الإقامة فى بلد فهو أولى من سفرها بغير محرم .

(فصل) وليس للرجل منع امرأته من حجة الإسلام . وبهذا قال النخعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى : وهو الصحيح من قول الشافعى . وله قول آخر له منعها منه ، بناء على أن الحج على التراخى .

ولنا : أنه فرض فلم يكن له منعها منه ، كصوم رمضان والصلوات الخمس . ويستحب أن تستأذنه فى ذلك . نص عليه أحمد . فإن أذن وإلا خرجت بغير إذنه . فأما حج التطوع فله منعها منه . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن له منعها من الخروج إلى الحج التطوع . وذلك . لأن حق الزوج واجب ، فليس لها تفويته بما ليس بواجب ، كالسيد مع عبده . وليس له منعها من الحج المنذور . لأنه واجب عليها . أشبه حجة الإسلام .

(فصل) ولا تخرج إلى الحج فى عدة الوفاة . نص عليه أحمد . قال : ولها أن تخرج إليه فى عدة الطلاق المبتوت . وذلك . لأن لزوم المنزل والمبيت فيه واجب فى عدة الوفاة . وقدم على الحج ، لأنه يفوت . والطلاق المبتوت لا يجب فيه ذلك . وأما عدة الرجعية : فالمرأة فيه بمنزلتها فى طلب النكاح . لأنها زوجة . وإذا خرجت

للحج فتوفى زوجها ، وهى قريبة رجعت لتعتد فى منزلها . وإن تباعدت مضت فى سفرها . ذكره الخرقى فى موضع آخر .

« مسألة » قال (فمن فرط فيه حتى توفى أخرج عنه من جميع ماله حجة وعمرة) .

وجملة ذلك : أن من وجب عليه الحج وأمكنه فعله وجب عليه على الفور . ولم يجز له تأخيره . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعى : يجب الحج . وجوبا موسعا . وله تأخيره . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا بكر على الحج ، وتخلف بالمدينة لا محاربا ولا مشغولا بشىء ، وتخلف أكثر الناس قادرين على الحج ولأنه إذا أخره ثم فعله فى السنة الأخرى لم يكن قاضيا له ، دل على أن وجوبه على التراخى .

ولنا : قول الله تعالى (٣ : ٩٧ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) وقوله (٢ : ١٩٦ وأتموا الحج والعمرة لله) والأمر على الفور(١) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أراد الحج فليعجل » رواه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وفى رواية أحمد وابن ماجه « فإنه قد يمرض المريض وتضل الضالة وتعرض الحاجة » قال أحمد : ورواه الثورى ووكيع عن أبى إسرائيل عن فضيل بن عمرو عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن أخيه الفضل عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وعن على رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا » قال الترمذى : لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وفى إسناده مقال ، وروى سعيد بن منصور بإسناده عن عبد الرحمن بن سابط قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) لكنه أمر بإتمامها لمن شرع فيها ، ولا خلاف فيه ، وقد وجد الصارف عن الفور من السنة . وهو تراخيه صلى الله عليه وسلم مع كثير من المؤمنين إلى سنة عشر والحج فرض سنة ستة أو خمس عند نزول سورة آل عمران . ومن قال : إنه فرض سنة عشر فقد أخطأ . لأن السورة نزلت قبلها قطعاً ، والأحاديث المذكورة كلها ضعيفة . بل قال ابن الجوزى بوضع بعضها ، وتعجيله ضرورى للاحتياط .

« من مات ولم يحج حجة الإسلام لم يمنعه مرض حابس أو سلطان جائر أو حاجة ظاهرة فليمت على أى حال شاء يهوديا أو نصرانيا » وعن عمر نحوه من قوله ، وكذلك عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم ، ولأنه أحد أركان الإسلام . فكان واجباً على الفور كالصيام ، ولأن وجو به بصفة التوسع يخرجه عن رتبة الواجبات . لأنه يؤخر إلى غير غاية . ولا يأثم بالموت قبل فعله لكونه فعل ما يجوز له فعله . وليس على الموت أمارة يقدر بعدها على فعله ، فأما النبى صلى الله عليه وسلم فإنما فتح مكة سنة ثمان ، وإنما أخره سنة تسع ، فيحتمل أنه كان له عذر من عدم الاستطاعة أو كره رؤية المشركين عراة حول البيت ، فأخر الحج حتى بعث أبا بكر ينادى « أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » ويحتمل أنه أخره بأمر الله تعالى لتكون حجة الوداع فى السنة التى استدار فيها الزمان كهيئة يوم خلق الله السموات والأرض ويصادف وقفة الجمعة ، ويكمل الله دينه . ويقال : إنه اجتمع يومئذ أعياد أهل كل دين . ولم يجتمع قبله ولا بعده . فأما تسمية فعل الحج قضاء . فإنه يسمى بذلك . قال الله تعالى (٢٢ : ٢٩ ثم ليقضوا تفثهم) وعلى أنه لا يلزم من الوجوب على الفور تسمية القضاء . فإن الزكاة تجب على الفور ، ولو أخرها لا تسمى قضاء . والقضاء الواجب على الفور إذا أخره لا يسمى قضاء القضاء ولو غلب على ظنه فى الحج أنه لا يعيش إلى سنة أخرى لم يجز له تاخيره فلو أخره لا يسمى قضاء .

إذا ثبت هذا : عدنا إلى شرح مسألة الكتاب ، فيقول : متى توفى من وجب عليه الحج ولم يحج وجب أن يخرج عنه من جميع ماله ما يحج به عنه ويعتمر ، سواء فاته بتفريط أو بغير تفريط . وبهذا قال الحسن وطاوس والشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك : يسقط بالموت . فإن وصى بها فهى من الثلث . وبهذا قال الشعبى والنخعى لأنه عبادة بدنية فتسقط بالموت كالصلاة .

ولنا : ما روى ابن عباس « أن امرأة سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن أبيها مات ولم يحج ؟ قال : حجى عن أبيك » وعنه « أن امرأة نذرت أن تحج فماتت ، فأتى أخوها النبى صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك ؟ فقال : أرأيت لو كان على

أختك دين أما كنت قاضيه ؟ قال : نعم قال : فاقضوا دين الله فهو أحق بالقضاء » رواهما النسائي . وروى هذا أبو داود الطيالسي عن شعبة عن أبي بشر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه حق استقر عليه تدخله النيابة . فلم يسقط بالموت كالدين . ويخرج عليه الصلاة ، فإنها لا تدخلها النيابة ، والعمرة كالحج فى القضاء فإنها واجبة . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا رزين أن يحج عن أبيه ويعتمر ، ويكون مايحج به ويعتمر من جميع ماله . لأنه دين مستقر فكان من جميع المال كدين الآدمى .

(فصل) ويستناب من يحج عنه من حيث وجب عليه إما من بلده أو من الموضع الذى أحصر فيه . وبهذا قال الحسن وإسحاق ومالك فى النذر . وقال عطاء فى الناذر ، إن لم يكن نوى مكانا فمن ميقاته . واختاره ابن المنذر . وقال الشافعى فيمن عليه حجة الإسلام : يستأجر من يحج عنه من الميقات . لأن الإحرام لا يجب من دونه .

ولنا : أن الحج واجب على الميت من بلده ، فوجب أن ينوب عنه منه . لأن القضاء يكون على وفق الأداء كقضاء الصلاة والصيام ، وكذلك الحكم فى حج النذر والقضاء . فإن كان له وطنان استنيب من أقربهما . فإن وجب عليه الحج بخراسان ومات ببغداد أو وجب عليه ببغداد فمات بخراسان ، فقال أحمد : يحج عنه من حيث وجب عليه ، لا من حيث موته . ويحتمل أن يحج عنه من أقرب المكانين ، لأنه لو كان حياً فى أقرب المكانين لم يجب عليه الحج من أبعد منه . فكذلك نائبه . فإن أحج عنه من دون ذلك ، فقال القاضى : إن كان دون مسافة القصر أجزأه . لأنه فى حكم القريب ، وإن كان أبعد لم يجزئه . لأنه لم يؤد الواجب بكماله . ويحتمل أن يجزئه فيكون مسيئاً كمن وجب عليه الإحرام من الميقات فأحرم من دونه .

(فصل) فإن خرج للحج فمات فى الطريق حج عنه من حيث مات . لأنه أسقط بعض ما وجب عليه فلم يجب ثانياً وكذلك إن مات نائبه استنيب من حيث مات لذلك . ولو أحرم بالحج ثم مات صحت النيابة عنه فيما بقى من النسك ، سواء كان

إحرامه لنفسه أو لغيره . نص عليه . لأنها عبادة تدخلها النيابة . فإذا مات بعد فعل بعضها قضى عنه باقيها كالزكاة .

(فصل) فإن لم يخلف تركة تفي بالحج من بلده حج عنه من حيث تبلغ . وإن كان عليه دين لآدمي تحاصا ويؤخذ للحج حصته فيحج بها من حيث تبلغ . وقال أحمد في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة ؟ قال : يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من غير مدينته . وهذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » ، ولأنه قدر على أداء بعض الواجب . فلزمه كالزكاة . وعن أحمد ما يدل على أن الحج يسقط . لأنه قال في رجل أوصى بحجة واجبة ولم يخلف ما يتم به حجه : هل يحج عنه من المدينة أو من حيث تتم الحجة ؟ فقال : ما يكون الحج عندي إلا من حيث وجب عليه . وهذا تنبيه على سقوطه عمن عليه دين لا تفي تركته به وبالحج . فإنه إذا أسقطه مع عدم المعارض فمع المعارض بحق الآدمي المؤكد أولى وأحرى . ويحتمل أن يسقط عمن عليه دين وجهاً واحداً . لأن حق الآدمي المعين أولى بالتقديم لتأكده ، وحقه حق الله تعالى مع أنه لا يمكن أداؤه على الوجه الواجب .

(فصل) وإن أوصى بحج تطوع فلم يف ثلثه بالحج من بلده حج به من حيث بلغ ، أو يعان به في الحج . نص عليه . وقال : التطوع ما يبالي من أين كان ، ويستناب عن الميت ثقة بأقل ما يوجد ، إلا أن يرضى الورثة بزيادة أو يكون قد أوصى بشيء فيجوز ما أوصى به ما لم يزد على الثلث .

(فصل) يستحب أن يحج الإنسان عن أبويه إذا كانا ميتين أو عاجزين . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا رزين فقال « حج عن أبيك واعتمر » و « سألت امرأة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أبيها مات ولم يحج فقال : حجي عن أبيك » ويستحب البداءة بالحج عن الأم إن كان تطوعا أو واجباً عليهما . نص عليه أحمد في التطوع . لأن الأم مقدمة في البر ، قال أبو هريرة « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من أحق الناس بحسن صحابتي ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال : أمك . قال : ثم من ؟ قال :

أبوك » رواه مسلم والبخاري . وإن كان الحج واجباً على الأب دونها بدأ به . لأنه واجب فكان أولى من التطوع . وروى زيد بن أرقم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حج الرجل عن والديه يقبل منه ومنهما ، واستبشرت أرواحهما فى السماء ، وكتب عند الله براً » وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرماً بعث يوم القيامة مع الأبرار » وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حج عن أبيه أو أمه فقد قضى عنه حجته . وكان له فضل عشر حجج » روى ذلك كله الدارقطني .

« مسألة » قال (ومن حج عن غيره ولم يكن حج عن نفسه رد ما أخذ وكانت الحجة عن نفسه) .

وجملة ذلك : أنه ليس لمن لم يحج حجة الإسلام أن يحج عن غيره . فإن فعل وقع إحرامه عن حجة الإسلام . وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وإسحاق . وقال أبو بكر عبد العزيز : يقع الحج باطلا . ولا يصح ذلك عنه ، ولا عن غيره . وروى ذلك عن ابن عباس . لأنه لما كان من شرط طواف الزيارة تعيين النية فتى نواه لغيره ولم ينو لنفسه لم يقع عن نفسه . وقال الحسن وإبراهيم وأيوب السختياني وجعفر بن محمد ومالك وأبو حنيفة : يجوز أن يحج عن غيره من لم يحج عن نفسه . وحكى عن أحمد مثل ذلك . وقال الثوري : إن كان يقدر على الحج عن نفسه حج عن نفسه وإن لم يقدر على الحج عن نفسه حج عن غيره ، واحتجوا بأن الحج مما تدخله النيابة . فجاز أن يؤديه عن غيره من لم يسقط فرضه عن نفسه كالزكاة .

ولنا : ما روى ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شبرمة ؟ قال : قريب لي . قال : هل حججت قط ؟ قال : لا قال : فاجعل هذه عن نفسك ثم احجج عن شبرمة » رواه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه . وهذا لفظه . ولأنه حج عن غيره قبل الحج عن نفسه فلم يقع عن الغير ، كما لو كان صبياً . ويفارق الزكاة فإنه يجوز أن ينوب عن الغير وقد بقي عليه بعضها . وههنا لا يجوز أن يحج

عن الغير من شرع في الحج قبل إتمامه . ولا يطوف عن غيره من لم يطف عن نفسه .

إذا ثبت هذا : فإن عليه رد ما أخذ من النفقة . لأنه لم يقع الحج عنه . فأشبه ما لو لم يحج .

(فصل) وإن أحرم بتطوع أو نذر من لم يحج حجة الإسلام وقع عن حجة الإسلام . وبهذا قال ابن عمر وأنس والشافعى . وقال مالك والثورى وأبو حنيفة وإسحاق وابن المنذر : يقع ما نواه . وهو رواية أخرى عن أحمد وقول أبى بكر لما تقدم .

ولنا : أنه أحرم بالحج وعليه فرضه فوقع عن فرضه كالمطلق . ولو أحرم بتطوع وعليه منذورة وقعت عن المنذورة . لأنها واجبة فهى كحجة الإسلام والعمرة كالحج فيما ذكرنا ، لأنها أحد النسكين . فأشبهت الآخر . والنائب كالمنوب عنه فى هذا . فمتى أحرم النائب بتطوع أو نذر عمن لم يحج حجة الإسلام وقعت عن حجة الإسلام ، لأن النائب يجرى مجرى المنوب عنه . وإن استناب رجلين فى حجة الإسلام ومنذور أو تطوع فأيهما سبق بالإحرام وقعت حجته عن حجة الإسلام وتقع الأخرى تطوعاً أو عن النذر . لأنه لا يقع الإحرام عن غير حجة الإسلام ممن هى عليه فكذلك من نائبه .

(فصل) إذا كان الرجل قد أسقط فرض أحد النسكين عنه دون الآخر جاز أن ينوب عن غيره فيما أدى فرضه دون الآخر . وليس للصبى والعبد أن ينوبا فى الحج عن غيرهما . لأنهما لم يسقطا فرض الحج عن أنفسهما . فهما كالحر البالغ فى ذلك وأولى منه . ويحتمل أن لهما النيابة فى حج التطوع دون الفرض . لأنهما من أهل التطوع دون الفرض ، ولا يمكن أن تقع الحجة التى نابا فيها عن فرضهما لكونهما ليسا من أهله فبقيت لمن فعلت عنه . وعلى هذا لا يلزمهما رد ما أخذا لذلك كالبالغ الحر الذى قد حج عن نفسه .

(فصل) إذا أحرم بالمنذورة من عليه حجة الإسلام فوقعت عن حجة الإسلام ، فالمنصوص عن أحمد : أن المنذورة لا تسقط عنه . وهو قول ابن عمر وأنس وعطاء ، لأنها حجة واحدة . فلا تجزىء عن حجتين كما لو نذر حجتين

لحج واحدة . ويحتمل أن تجزىء . لأنه قد أتى بالحجة ناوياً بها نذره فأجزأته ، كما لو كان ممن أسقط فرض الحج عن نفسه . وقد نقل أبو طالب عن أحمد فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر : وقعت عن المفروض . ولا يجب عليه شيء آخر ؛ وهذا مثل ما لو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم فى يوم من رمضان فنواه عن فرضه ونذره على رواية . وهذا قول ابن عباس وعكرمة ، وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس وعكرمة أنهما قالا : فى رجل نذر أن يحج ولم يكن حج الفريضة ؛ قال ؛ يجزىء لها جميعاً . وسئل عكرمة عن ذلك ؟ فقال : يقضى حجة عن نذره وعن حجة الإسلام « أرأيتم لو أن رجلا نذر أن يصلى أربع ركعات فصلى العصر ، أليس ذلك يجزئه من العصر ومن النذر ؟ قال : وذكرت قولى لابن عباس . فقال : أصبت أو أحسنت .

« مسألة » قال : (ومن حج وهو غير بالغ فبلغ أو عبد فعتق فعليه الحج)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم — إلا من شذ عنهم ممن لا يعتد بقوله خلافاً — على أن الصبى إذا حج فى حال صغره ، والعبد إذا حج فى حال رقه ، ثم بلغ الصبى وعتق العبد . أن عليهما حجة الإسلام إذا وجد إليهما سبيلا . كذلك قال ابن عباس وعطاء والحسن والنخعى والثورى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . قال الترمذى : وقد أجمع أهل العلم عليه . وقال الإمام أحمد عن محمد بن كعب القرظى . قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنى اريد أن أجدد فى صدور المؤمنين عهداً ، أيما صبى حج به أهله فمات أجزأت عنه ، فإن أدرك فعليه الحج ، وأيما مملوك حج به أهله فمات أجزأت عنه ، فاجزأت عنه فان أعتق فعليه الحج » رواه سعيد فى سننه والشافعى فى مسنده عن ابن عباس من قوله ، ولأن الحج عبادة بدنية فعلها قبل وقت وجوبها فلم يمنع ذلك وجوبها عليه فى وقتها ، كما لو صلى قبل الوقت ، وكما لو صلى ثم بلغ فى الوقت .

(فصل) فإن بلغ الصبى أو عتق العبد بعرفة أو قبلها غير محرمين فأحرما ووقفا بعرفة وأتما المناسك أجزأهما عن حجة الإسلام . لا نعلم فيه خلافا . لأنه لم يفتهما شيء من أركان الحج ولا فعلا شيئاً منها قبل وجوبه ، وإن كان البلوغ والعتق وهما محرمان أجزأهما أيضاً عن حجة الإسلام ، كذلك قال ابن عباس ، وهو

مذهب الشافعي وإسحاق وقاله الحسن في العبد، وقال مالك: لا يجزئهما. اختاره ابن المنذر. وقال أصحاب الرأي: لا يجزىء العبد، فأما الصبي فإن جدد إحراماً بعد أن احتلم قبل الوقوف أجزأه وإلا فلا. لأن إحرامهما لم ينعقد واجباً. فلا يجزىء عن الواجب كما لو بقيا على حالهما.

ولنا: أنه أدرك الوقوف حراً بالغاً فأجزأه، كما لو أحرم تلك الساعة. قال أحمد: قال طاوس، عن ابن عباس «إذا أعتق العبد بعرفة أجزأت عنه حجته، فإن عتق بجمع لم تجزىء عنه» وهؤلاء يقولون: لا تجزىء، ومالك يقوله أيضاً. وكيف لا يجزئه وهو لو أحرم تلك الساعة كان حجه تاما. وما أعلم أحداً قال لا يجزئه إلا هؤلاء والحكم فيما إذا أعتق العبد وبلغ الصبي بعد خروجهما من عرفة فعادا إليها قبل طلوع الفجر ليلة النحر كالحكم فيما إذا كان ذلك فيها. لأنهما قد أدركا من الوقت ما يجزىء ولو كان لحظة، وإن لم يعودا أو كان ذلك قبل طلوع الفجر من يوم النحر لم يجزئهما عن حجة الإسلام ويتمان حجهما تطوعا لفوات الوقوف المفروض، ولا دم عليهما. لأنهما حجة تطوعا بإحرام صحيح من الميقات فأشبها البالغ الذي يحج تطوعا.

فان قيل: فلم لا قلتم إن الوقوف فعلاه يصير فرضا، كما قلتم في الإحرام الذي أحرم به قبل البلوغ يصير بعد بلوغه فرضا؟

قلنا: إنما اعتددنا له بإحرامه الموجود بعد بلوغه. وما قبل بلوغه تطوع لم ينقلب فرضا ولا اعتد له به. فالوقوف مثله؛ فنظيره: أن يبلغ وهو واقف بعرفة فإنه يعتد له بما أدرك من الوقوف. ويصير فرضا دون ما مضى.

(فصل) وإذا بلغ الصبي أو عتق العبد قبل الوقوف أو في وقته وأمكنهما الإتيان بالحج لزمهما ذلك. لأن الحج واجب على الفور. فلا يجوز تأخيره مع إمكانه كالبالغ الحر. وإن فاتهما الحج لزمتهما العمرة. لأنها واجبة أمكن فعلها. فأشبهت الحج، ومتى أمكنهما ذلك فلم يفعلا استقر الوجوب عليهما. سواء كانا موسرين أو معسرين. لأن ذلك وجب عليهما بإمكانه في موضعه، فلم يسقط بفوات القدرة بعده.

(فصل) والحكم فى الكافر يسلم ، والمجنون يفيق : حكم الصبى فى جميع مافصلناه، إلا أن هذين لا يصح منهما إحرام . ولو أحرما لم ينعقد إحرامهما . لأنهما من غير أهل العبادات ويكون حكمهما حكم من لم يحرم .

(فصل) وقد بقى من أحكام حج العبد أربعة فصول : أحدها : فى حكم إحرامه . الثانى : فى حكم نذره للحج . الثالث : فى حكم ما يلزمه من الجنايات على إحرامه : الرابع : حكم إفساده وفواته .

(الفصل الأول فى إحرامه) وليس للعبد أن يحرم بغير إذن سيده . لأنه يفوت به حقوق سيده الواجبة عليه بالتزام ما ليس بواجب فإن فعل انعقد إحرامه صحيحاً لأنها عبادة بدنية . فصح من العبد الدخول فيها بغير إذن سيده ، كالصلاة والصوم ، ولسيده تحليله فى إحدى الروايتين ، لأن فى بقائه عليه تفويتاً لحقه من منافعه بغير إذنه . فلم يلزم ذلك سيده كالصوم المضر ببدنه وهذا اختيار ابن حامد وإذا حلله منه كان حكمه حكم المحصر . والثانية : ليس له تحليله وهو اختيار أبى بكر . لأنه لا يمكنه التحلل من تطوعه فلم يملك تحليل عبده . والأول أصح . لأنه التزم التطوع باختيار نفسه . فنظيره : أن يحرم عبده بإذنه وفى مسألتنا يفوت حقه الواجب بغير اختياره فأما إن أحرم بإذن سيده فليس له تحليله وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : له ذلك . لأنه ملكه منافع نفسه . فكان له الرجوع فيها ، كالمعير يرجع فى العارية .

ولنا : أنه عقد لازم عقده بإذن سيده . فلم يكن لسيده منعه منه كالنكاح ولا يشبه العارية . لأنها ليست لازمة . ولو أعاره شيئاً ليرهنه فرهنه لم يكن له الرجوع فيه . ولو باعه سيده بعد ما أحرم فحكم مشتريه فى تحليله حكم بائعه سواء . لأنه اشتراه مسلوب المنفعة . أشبه الأمة المزوجة والمستأجرة . فان علم المشترى بذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة فأشبه ما لو اشترى معيباً يعلم عيبه . وإن لم يعلم فله الفسخ . لأنه يتضرر بمضى العبد فى حجه لفوات منافعه ، إلا أن يكون إحرامه بغير إذن سيده ونقول له تحليله . فلا يملك الفسخ لأنه يمكنه دفع الضرر عنه . ولو أذن له سيده فى الإحرام ثم رجع قبل أن يحرم وعلم العبد برجوعه قبل

الإحرام : فهو كمن لم يأذن له . وإن لم يعلم حتى أحرم فهل يكون حكمه حكم من أحرم باذن سيده ؟ على وجهين ، بناء على الوكيل ، هل ينعزل بالعزل قبل العلم على روايتين .

(الفصل الثانى) إذا نذر العبد الحج صح نذره . لأنه مكلف . فانعقد نذره كالحر . ولسيده منعه من المضى فيه . لأن فيه تفويت حق سيده الواجب . فمنع منه . كما لو لم ينذر . ذكره القاضى وابن حامد وروى عن أحمد أنه قال : لا يعجبنى منعه من الوفاء به . وذلك لما فيه من أداء الواجب فيحتمل أن ذلك على الكراهة لا على التحريم لما ذكرنا ، ويحتمل التحريم . لأنه واجب فلم يملك منعه منه كسائر الواجبات . والأول أولى . فان أعتق لزمه الوفاء به بعد حجة الإسلام فان أحرم به أولا انصرف إلى حجة الإسلام ، كالحر إذا نذر حجاً .

(الفصل الثالث) فى جناياته وما جنى على إحرامه لزمه حكمه . وحكمه فيما يلزمه حكم الحر المعسر فرضه الصيام . وإن تحلل بحصر عدو أو حلله سيده فعليه الصيام لا يتحلل قبل فعله كالحر . وليس لسيده أن يحول بينه وبين الصوم . نص عليه لأنه صوم واجب . أشبه صوم رمضان . فان ملكه السيد هديا وأذن له فى إهدائه وقلنا : إنه يملكه . فهو كالهدى الواجب لا يتحلل إلا به . وإن قلنا لا يملكه . ففرضه الصيام . وإن أذن له سيده فى تمتع أو قران فعليه الصيام بدلا عن الهدى الواجب بهما . وذكر القاضى : أن على سيده تحمل ذلك عنه . لأنه باذنه . فكان على من أذن فيه كما لو فعله النائب باذن المستنيب ، وليس بجيد . لأن الحج للعبد . وهذا من موجباته . فيكون عليه كالمرأة إذا حجت باذن زوجها. ويفارق من حج عن غيره . فان الحج للمستنيب فوجبه عليه . وإن تمتع أو قارن بغير إذن سيده . فالصيام عليه بغير خلاف ، وإن أفسد حجه فعليه أن يصوم لذلك لأنه لا مال له فهو كالمعسر من الأحرار .

(الفصل الرابع) إذا وطىء العبد قبل التحلل الأول فسد ، ويلزمه المضى فى فاسده كالحر ، لكن إن كان الإحرام مأذوناً فيه فليس لسيده إخراجه منه . لأنه ليس له منعه من صحيحه ، فلم يكن له منعه من فاسده ، وإن كان الإحرام بغير إذنه

فله تحليله منه ، لأنه يملك تحليله من صحيحه فالفاسد أولى . وعليه القضاء ، سواء كان الإحرام مأذوناً فيه أو غير مأذون . ويصح القضاء فى حال رقه ، لأنه وجب فيه ، فصح منه كالصلاة والصيام ثم إن كان الإحرام الذى أفسده مأذوناً فيه ، فليس له منعه من قضائه ، لأن إذنه فى الحج الأول إذن فى موجبه ، ومقتضاه ، ومن موجبه : القضاء لما أفسده ، فان كان الأول غير مأذون فيه احتمل أن لايملك منعه من قضائه ، لأنه واجب ، وليس للسيد منعه من الواجبات ، واحتمل أن له منعه منه ، لأنه يملك منعه من الحج الذى شرع فيه بغير إذنه ، فكذلك هذا ، فان أعتق قبل القضاء فليس له فعله قبل حجة الإسلام ، لأنها آكد ، فان أحرم بالقضاء انصرف إلى حجة الإسلام وبقى القضاء فى ذمته ، وإن عتق فى أثناء الحجة الفاسدة وأدرك من الوقوف ما يجزئه أجزأه القضاء عن حجة الإسلام ، لأن المقضى لو كان صحيحاً أجزأه ، فكذلك قضاؤه وإن عتق بعد ذلك لم يجزئه القضاء عن حجة الإسلام ، لأن المقضى لا تجزئه فكذلك قضاؤه ، والمدبر والمعلق عتقه بصفة وأم الولد ، والمعتق بعضه حكمه حكم القن فيما ذكرناه .

« مسألة » قال (وإذا حج بالصغير جنب ما يتجنبه الكبير وما عجز عنه من عمل الحج عمل عنه) .

وجملة ذلك : أن الصبي يصح حجه ، فان كان مميزاً أحرم باذن وليه ، وإن كان غير مميز أحرم عنه وليه . فيصير محرماً بذلك ، وبه قال مالك والشافعى . وروى عن عطاء والنخعى ، وقال أبو حنيفة : لا ينعقد إحرام الصبي ، ولا يصير محرماً باحرام وليه ، لأن الإحرام سبب يلزم به حكم ، فلم يصح من الصبي كالنذر .

ولنا : ما روى ابن عباس قال « رفعت امرأة صبياً فقالت يا رسول الله : ألهذا حج ؟ قال : نعم ولك أجر » رواه مسلم وغيره من الأئمة . وروى البخارى عن السائب بن يزيد قال « حج بى مع النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابن سبع سنين » ولأن أبا حنيفة قال : يجتنب ما يجتنبه المحرم ، ومن اجتنب ما يجتنبه المحرم كان إحرامه صحيحاً ، والنذر لا يجب به شيء بخلاف مسألتنا .

والكلام فى حج الصبي فى فصول أربعة : فى الإحرام عنه ، أو منه ، وفيما

يفعله بنفسه ، أو بغيره ، وفى حكم جناياته على إحرامه . وفيا يلزمه من القضاء والكفارة .

(الفصل الأول فى الإحرام عنه) إن كان مميزاً أحرم بإذن وليه . وإن أحرم بدون إذنه لم يصح . لأن هذا عقد يؤدى إلى لزوم مال . فلم ينعقد من الصبى بنفسه كالبيع . وإن كان غير مميز فأحرم عنه من له ولاية على ماله كالأب والوصى وأمين الحاكم صح ، ومعنى إحرامه عنه . أنه يعقد له الإحرام . فيصح للصبى دون الولى كما يعقد النكاح له . فعلى هذا : يصح أن يعقد الإحرام عنه . سواء كان محرماً أو حلالا ممن عليه حجة الإسلام . أو كان قد حج عن نفسه ، فإن أحرمت أمه عنه صح لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولك أجر » ولا يضاف الأجر إليها إلا لكونه تبعاً لها فى الإحرام ، قال الإمام أحمد فى رواية حنبل : يحرم عنه أبوه أو وليه . واختاره ابن عقيل . وقال : المال الذى يلزم بالإحرام لا يلزم الصبى ، وإنما يلزم من أدخله فى الإحرام فى أحد الوجهين ، وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد : أنه لا يحرم عنه إلا وليه . لأنه لا ولاية للأم على ماله ، والإحرام يتعلق به إلزام مال ، فلا يصح من غير ذى ولاية . كشراء شيء له ، فأما غير الأم والولى من الأقارب كالأخ والعم وابنه . فيخرج فيهم وجهان بناء على القول فى الأم . أما الأجانب : فلا يصح إحرامهم عنه وجهاً واحداً .

(الفصل الثانى) أن كل ما أمكنه فعله بنفسه لزمه فعله ، ولا ينوب غيره عنه فيه ، كالوقوف والمبيت بمزدلفة ونحوهما ، وما عجز عنه عمله الولى عنه . قال جابر « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجاجاً ومعنا النساء والصبيان . فأحرمنا عن الصبيان » رواه سعيد فى سننه : ورواه ابن ماجه فى سننه فقال « فلبينا عن الصبيان ورمينا عنهم » ورواه الترمذى . قال « فكنا نلبى عن النساء ، ونرمى عن الصبيان » قال ابن المنذر : كل من حفظت عنه من أهل العلم يرى الرمى عن الصبى الذى لا يقدر على الرمى ، كان ابن عمر يفعل ذلك ، وبه قال عطاء والزهرى ومالك والشافعى وإسحاق ، وعن ابن عمر « أنه كان يحج صبيانه وهم صغار . فمن استطاع منهم أن يرمى رمى . ومن لم يستطع أن يرمى رمى عنه » وعن أبى إسحاق

أن أبا بكر رضى الله عنه طاف بابن الزبير فى خرقة ، رواهما الأثرم ، قال الإمام أحمد : يرمى عن الصبي أبواه أو وليه ، قال القاضى : إن أمكنه أن يناول النائب الحصى ناوله . وإن لم يمكنه استحب أن يوضع الحصى فى يده فيرمى عنه . وإن وضعها فى يد الصغير ورمى بها فجعل يده كالآلة فحسن ، ولا يجوز أن يرمى عنه إلا من قد رمى عن نفسه . لأنه لا يجوز أن ينوب عن الغير وعليه فرض نفسه . وأما الطواف . فإنه إن أمكنه المشى مشى وإلا طيف به محمولا أو راكبا . فإن أبا بكر طاف بابن الزبير فى خرقة ، ولأن الطواف بالكبير محمولا لعذر يجوز . فالصغير أولى . ولا فرق بين أن يكون الحامل له حلالا أو حراما ممن أسقط الفرض عن نفسه أو لم يسقطه لأن الطواف للمحمول لا للحامل ولذلك صح أن يطوف راكبا على بعير وتعتبر النية فى الطائف به فإن لم ينو الطواف عن الصبي لم يجزئه . لأنه لما لم يعتبر النية من الصبي اعتبرت من غيره كما فى الإحرام ، فإن نوى الطواف عن نفسه وعن الصبي احتمل وقوعه عن نفسه كالحج إذا نوى به عن نفسه وغيره واحتمل أن يقع عن الصبي كما لو طاف بكبير ونوى كل واحد منهما عن نفسه لكون المحمول أولى ، واحتمل أن يلغو لعدم التعيين لكون الطواف لا يقع عن غير معين .

وأما الإحرام : فان الصبي يجرد كما يجرد الكبير ، وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تجرد الصبيان إذا دنوا من الحرم قال عطاء يفعل بالصغير كما يفعل الكبير ويشهر به المناسك كلها إلا أنه لا يصلى عنه .

(الفصل الثالث فى محظورات الإحرام) وهى قسمان ما يختلف عمده وسهوه كاللباس والطيب وما لا يختلف كالصيد وحلق الشعر وتقليم الأظافر (فالأول) لا فدية على الصبي فيه لأن عمده خطأ (والثانى) عليه فيه الفدية وإن وطىء أفسد حجه ويمضى فى فاسده وفى القضاء عليه وجهان (أحدهما) لا يجب لئلا تجب عبادة بدنية على من ليس من أهل التكليف (والثانى) يجب لأنه إفساد موجب للفدية فأوجب القضاء كوطء البالغ فان قضى بعد البلوغ بدأ بحجة الإسلام ، فان أحرم بالقضاء قبلها انصرف إلى حجة الإسلام وهل تجزئ عن القضاء ؟ ينظر فان كانت

الفاسدةقد أدرك فيها شيئا من الوقوف بعد بلوغه أجزأ عنهما جميعا وإلا لم يجزئه كما قلنا فى العبد على ما مضى .

(الفصل الرابع فيما يلزمه من الفدية) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن جنايات الصبيان لازمة لهم فى أموالهم وذكر أصحابنا فى الفدية التى تجب بفعل الصبي وجهين : أحدهما هى فى ماله لأنها وجبت بجنايته أشبهت الجناية على الآدمى والثانى على الولى وهو قول مالك لأنه حصل بعقده أو إذنه فكان عليه كنفقة حجة فأما النفقة فقال القاضى ما زاد على نفقة الحضر ففى مال الولى لأنه كلفه ذلك ولا حاجة به إليه وهذا اختيار أبى الخطاب وحكى عن القاضى أنه ذكر فى الخلاف أن النفقة كلها على الصبي لأن الحج له فنفقته عليه كالبالغ ولأن فيه مصلحة له بتحصيل الثواب له ويتمرن عليه فصار كأجر المعلم والطبيب والأول أولى فان الحج لا يجب فى العمر إلا مرة ويحتمل أن لا يجب فلا يجوز تكليفه بذل ماله من غير حاجة إليه للتمرن عليه والله أعلم .

(فصل) إذا أغمى على بالغ لم يصح أن يحرم عنه رفيقه وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة : يصح ويصير محرما باحرام رفيقه عنه استحسانا لأن ذلك معلوم من قصده ويلحقه مشقة فى تركه فأجزأ عنه إحرام غيره .

ولنا : أنه بالغ فلم يصر محرما باحرام غيره كالنائم ولو أنه أذن فى ذلك وأجازه لم يصح مع فعدم هذا أولى أن لا يصح .

« مسألة » قال (ومن طيف به محمولا كان الطواف له دون حامله)

أما إذا طيف به محمولا لعذر فلا يخلو إما أن يقصدا جميعا عن المحمول فيصح عنه دون الحامل بغير خلاف نعلمه أو يقصدا جميعا عن الحامل فيقع عنه أيضا ولا شيء للمحمول أو يقصد كل واحد منهما الطواف عن نفسه فانه يقع للمحمول دون الحامل وهذا أحد قولى الشافعى والقول الآخر يقع للحامل لأنه الفاعل وقال أبو حنيفة يقع لهما لأن كل واحد منهما طائف بنية صحيحة فأجزأ الطواف عنه كما لو لم ينو صاحبه شيئا ولأنه لو حمله بعرفات لكان الوقوف عنهما كذا ههنا وهذا القول حسن ، ووجه الأول أنه طواف أجزأه عن المحمول فلم يقع عن الحامل كما لو نويا جميعا المحمول

ولأنه طواف واحد فلا يقع عن شخصين والراكب لايقع طوافه إلا عن واحد.
وأما إذا حمله فى عرفة فما حصل الوقوف بالحمل فإن المقصود الكون فى عرفات
وهما كائنان بها والمقصود ههنا الفعل وهو واحد فلا يقع عن شخصين ووقوعه عن
المحمول أولى لأنه لم ينو بطوافه إلا لنفسه والحامل لم يخلص قصده بالطواف لنفسه
فإنه لو لم يقصد الطواف بالمحمول لما حمله فإن تمكنه من الطواف لا يقف على
حمله فصار المحمول مقصوداً لهما ولم يخلص قصد الحامل لنفسه فلم يقع عنه لعدم
التعيين وقال أبو حفص العكبرى فى شرحه لا يجزىء الطواف عن واحد منهما لأن
فعلا واحداً لا يقع عن اثنين ، وليس أحدهما أولى به من الآخر ، وقد ذكرنا أن
المحمول به أولى لخلوص نيته لنفسه وقصد الحامل له ولا يقع عن الحامل لعـــدم
التعيين فإن نوى أحدهما نفسه دون الآخر صح الطواف له وإن عدمت النية منهما
أو نوى كل واحد منهما الاخر لم يصح لواحد منهما .

باب ذكر المواقيت

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وميقات أهل المدينة من ذى الحليفة ، وأهل الشام ومصر والمغرب من الجحفة ، وأهل اليمن من يلملم ، وأهل الطائف ونجد من قرن ، وأهل المشرق من ذات عرق) .

وجملة ذلك : أن المواقيت المنصوص عليها الخمسة(١) التى ذكرها الخرقى رحمه الله وقد أجمع أهل العلم على أربعة منها وهى : ذو الحليفة والجحفة وقرن ويلملم واتفق أئمة النقل على صحة الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فمن ذلك ماروى ابن عباس قال : وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل المدينة ذا الحليفة ولأهل الشام الجحفة ، ولأهل نجد قرن ، ولأهل اليمن يلملم . قال « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد الحج والعمرة فمن كان دونهن مهله من أهله وكذلك أهل مكة يهلون منها » وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يهل أهل المدينة من ذى الحليفة ، وأهل الشام من الجحفة ، وأهل نجد من قرن » قال ابن عمر وذكر لى ولم أسمعه أنه قال وأهل اليمن من يلملم متفق عليهما .

فأما ذات عرق فميقات أهل المشرق فى قول أكثر أهل العلم وهو مذهب مالك وأبى ثور وأصحاب الرأى ، وقال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن إحرام العراق من ذات عرق إحرام من الميقات ، وروى عن أنس أنه كان يحرم من العقيق ، واستحسنه الشافعى وابن المنذر وابن عبد البر وكان الحسن بن صالح يحرم من الربذة وروى ذلك عن خصيف والقاسم بن عبد الرحمن . وقد روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم وقت لأهل المشرق العقيق ، قال الترمذى وهو حديث حسن . قال ابن عبد البر : العقيق أولى وأحوط من ذات عرق وذات عرق ميقاتهم بإجماع ، واختلف أهل العلم فيمن وقت ذات عرق فروى أبو داود والنسائى وغيرهما باسنادهم عن القاسم عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لأهل العراق ذات

---

(١) الخمسة : بالرفع خبر أن .

عرق ، وعن أبي الزبير أنه سمع جابراً سئل عن المهل(١) قال سمعته وأحسبه رفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم يقول « مهل أهل المدينة من ذي الحليفة والطريق الآخر من الجحفة ومهل أهل العراق من ذات عرق ، ومهل أهل نجد من قرن » رواه مسلم في صحيحه ، وقال قوم آخرون إنما وقتها عمر رضي الله عنه فروى البخاري باسناده عن ابن عمر قال : لما فتح هذان المصران أتوا عمر فقالوا يا أمير المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حد لأهل نجد قرنا وهو جور(٢) عن طريقنا وإنا إن أردنا قرنا شق علينا قال فانظروا حذوها من طريقكم فحد لهم ذات عرق . ويجوز أن يكون عمر ومن ساله لم يعلموا توقيت النبي صلى الله عليه وسلم ذات عرق فقال ذلك برأيه فأصاب ووافق قول النبي صلى الله عليه وسلم فقد كان كثير الإصابة رضي الله عنه ، وإذا ثبت توقيتها عن النبي صلى الله عليه وسلم ومن عمر فالإحرام منه أولى إن شاء الله تعالى .

(فصل) وإذا كان الميقات قرية فانتقلت إلى مكان آخر فموضع الإحرام من الأولى وإن انتقل الاسم إلى الثانية لأن الحكم تعلق بذلك الموضع فلا يزول بخرابه وقد رأى سعيد بن جبير رجلا يريد أن يحرم من ذات عرق فأخذ بيده حتى خرج به من البيوت وقطع الوادي فأتى به المقابر فقال : هذه ذات عرق الأولى .

« مسألة » قال (وأهل مكة إذا أرادوا العمرة فمن الحل وإذا أرادوا الحج فمن مكة) .

أهل مكة ومن كان بها سواء كان مقيما بها أو غير مقيم . لأن كل من أتى على ميقات كان ميقاتا له وكذلك كل من كان بمكة فهي ميقاته للحج ، وإن أراد العمرة فمن الحل لا نعلم في هذا خلافا ، ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم عبد الرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم متفق عليه ، وكانت بمكة يومئذ والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم « حتى أهل مكة يهلون منها » يعني

---

(١) بتشديد اللام : أي موضع الاهلال بالإحرام .

(٢) أي انحراف وميل عنه .

للحج ، وقال أيضاً « ومن كان أهله دون الميقات فن حيث ينشيء حتى يأتى ذلك على أهل مكة » وهذا فى الحج .

فأما فى العمرة فيقاتها فى حقهم الحل من أى جوانب الحرم شاء . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بأعمار عائشة من التنعيم وهو أدنى الحل إلى مكة ، وقال ابن سيرين بلغنى أن النبى صلى الله عليه وسلم وقت لأهل مكة التنعيم ، وقال ابن عباس : ياأهل مكة من أتى منكم العمرة فليجعل بينه وبينها بطن محسر يعنى إذا أحرم بها من ناحية المزدلفة ، وإنما لزم الإحرام من الحل ليجمع فى النسك بين الحل والحرم ، فإنه لو أحرم من الحرم لما جمع بينهما فيه . لأن أفعال العمرة كلها فى الحرم بخلاف الحج فإنه يفتقر إلى الخروج إلى عرفة فيجتمع له الحل والحرم ، والعمرة بخلاف ذلك ومن أى الحل أحرم جاز ، وإنما أعمر النبى صلى الله عليه وسلم عائشة من التنعيم . لأنها أقرب الحل إلى مكة ، وقد روى عن أحمد فى المكى كلما تباعد فى العمرة فهو أعظم للأجر هى على قدر تعبها ، وما إن أراد المكى الإحرام بالحج فمن مكة للخبر الذى ذكرنا ولأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم لما فسخوا الحج أمرهم فأحرموا من مكة . قال جابر « أمرنا النبى صلى الله عليه وسلم لما حللنا أن نحرم إذا توجهنا من الأبطح » رواه مسلم وهذا يدل على أنه لا فرق بين قاطنى مكة وبين غيرهم ممن هو بها كالمتمتع إذا حل ومن فسخ حجه بها ، ونقل عن أحمد فيمن اعتمر فى أشهر الحج من أهل مكة أنه يهل بالحج من الميقات فان لم يفعل فعليه دم ، والصحيح خلاف هذا لما دلت عليه الأحاديث الصحيحة ويحتمل أن أحمد إنما أراد أن المتمتع يسقط عنه الدم إذا خرج إلى الميقات ولا يسقط إذا أحرم من مكة وهذا فى غير المكى أما المكى : فلا يجب عليه دم متعة بحال لقول الله تعالى (٢ : ١٩٦ ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) وذكر القاضى فيمن دخل مكة يحج عن غيره ثم أراد أن يعتمر بعده لنفسه أو دخل يحج لنفسه ثم أراد أن يعتمر لغيره أو دخل بعمرة لنفسه ثم أراد أن يحج أو يعتمر لغيره أو دخل بعمرة لغيره ثم أراد أن يحج أو يعتمر لنفسه أنه فى جميع ذلك يخرج إلى الميقات فيحرم منه فان لم يفعل فعليه دم ، قال وقد قال أحمد فى رواية عبد الله إذا اعتمر عن غيره ثم أراد الحج لنفسه

يخرج إلى الميقات أو اعتمر عن نفسه يخرج إلى الميقات وإن دخل مكة بغير إحرام ثم أراد الحج يخرج إلى الميقات ، واحتج له القاضى بأنه جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم لنفسه فلزمه دم إذا أحرم دونه كمن جاوز الميقات غير محرم ، وعلى هذا لو حج عن شخص واعتمر عن آخر أو اعتمر عن إنسان ثم حج أو اعتمر عن آخر فكذلك وظاهر كلام الخرقى أنه لا يلزمه الخروج إلى الميقات فى هذا كله لما ذكرنا من أن كل من كان بمكة كالقاطن بها وهذا حاصل بمكة على وجه مباح فأشبه المكى ، وما ذكره القاضى تحكم لا يدل عليه خبر ولا يشهد له أثر ، وما ذكره من المعنى فاسد لوجوه :أ (أحدها) أنه لا يلزم أن يكون مريداً للنسك عن نفسه حال مجاوزة الميقات فإنه قد يبدو له بعد ذلك (والثانى) أن هذا لا يتناول من أحرم عن غيره (والثالث) أنه لو وجب بهذا الخروج إلى الميقات للزم المتمتع والمفرد لأنهما تجاوزا الميقات مريدين لغير النسك الذى أحرما به (والرابع) أن المعنى فى الذى يجاوز الميقات غير محرم أنه فعل مالا يحل له فعله وترك الإحرام الواجب عليه فى موضعه فأحرم من دونه .

(فصل) ومن أى الحرم أحرم بالحج جاز لأن المقصود من الإحرام به الجمع فى النسك بين الحل والحرم وهذا يحصل بالإحرام من أى موضع كان فجاز كما يجوز أن يحرم بالعمرة من أى موضع كان من الحل ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم لأصحابه فى حجة الوداع « إذا أردتم أن تنطلقوا إلى منى فأهلوا من البطحاء » ولأن ما اعتبر فيه الحرم استوت فيه البلدة وغيرها كالنحر .

(فصل) فإن أحرم من الحل نظرت فإن أحرم من الحل الذى يلى الموقف فعليه دم . لأنه أحرم من دون الميقات ، وإن أحرم من الجانب الآخر ثم سلك الحرم فلا شىء عليه نص عليه أحمد فى رجل أحرم للحج من التنعيم فقال ليس عليه شىء . وذلك . لأنه أحرم قبل ميقاته فكان كالمحرم قبل بقية المواقيت ولو أحرم من الحل ولم يسلك الحرم فعليه دم . لأنه لم يجمع بين الحل والحرم .

(فصل) وإن أحرم بالعمرة من الحرم انعقد إحرامه بها وعليه دم لتركه الاحرام من الميقات ثم أن خرج إلى الحل قبل الطواف ثم عاد أجزأه لأنه قد جمع

بين الحل والحرم وإن لم يخرج حتى قضى عمرته صح أيضاً لأنه قد أتى بأركانها وإنما أخل بالإحرام من ميقاتها وقد جبره فأشبه من أحرم من دون الميقات بالحج وهذا قول أبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى وأحد قولى الشافعى . والقول الثانى: لا تصح عمرته لأنه نسك فكان من شرطه الجمع بين الحل والحرم كالحج فعلى هذا وجود هذا الطواف كعدمه وهو باق على إحرامه حتى يخرج إلى الحل ثم يطوف بعد ذلك ويسعى وإن حلق قبل ذلك فعليه دم . وكذلك كل ما فعله من محظورات إحرامه فعليه فديته . وإن وطىء أفسد عمرته ويمضى فى فاسدها وعليه دم لإفسادها ويقضيها بعمرة من الحل ، ثم إن كانت العمرة التى أفسدها عمرة الإسلام أجزأه قضاؤها عن عمرة الإسلام وإلا فلا .

« مسألة » قال (ومن كان منزله دون الميقات فميقاته من موضعه) .

يعنى إذا كان مسكنه أقرب إلى مكة من الميقات كان ميقاته مسكنه، هذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول مالك وطاوس والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وعن مجاهد قال يهل من مكة ولا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى حديث ابن عباس « فمن كان دونهن مهله من أهله » وهذا صريح والعمل به أولى .

(فصل) إذا كان مسكنه قرية . فالأفضل أن يحرم من أبعد جانبيها وإن أحرم من أقرب جانبيها جاز وهكذا القول فى المواقيت التى وقتها رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كانت قرية ، والحلة كالقرية فيما ذكرنا وإن كان مسكنه منفرداً فميقاته مسكنه أو حذوه وكل ميقات حذوه بمنزلته ، ثم إن كان مسكنه فى الحل فإحرامه منه للحج والعمرة معاً ، وإن كان فى الحرم فإحرامه للعمرة من الحل ليجمع فى النسك بين الحل والحرم كالمكى . وأما الحج فينبغى أن يجوز له الاحرام من أى الحرم شاء كالمكى .

« مسألة » قال (ومن لم يكن طريقه على ميقات فإذا حاذى أقرب المواقيت إليه أحرم).

وجملة ذلك أن من سلك طريقا بين ميقاتين فإنه يجتهد حتى يكون إحرامه بحذو

الميقات الذى هو إلى طريقه أقرب لما روينا أن أهل العراق قالوا لعمر إن قرنا جور عن طريقنا فقال : انظروا حذوها من طريقكم فوقت لهم ذات عرق ، ولأن هذا مما يعرف بالاجتهاد والتقدير فإذا اشتبه دخله الاجتهاد كالقبلة .

(فصل) فإن لم يعرف حذو الميقات المقارب لطريقه احتاط فأحرم من بعد بحيث يتيقن أنه لم يجاوز الميقات إلا محرماً لأن الاحرام قبل الميقات جائز وتأخيره عنه لا يجوز فالاحتياط فعل ما لا شك فيه ، ولا يلزمه الاحرام حتى يعلم أنه قد حاذاه لأن الأصل عدم وجوبه فلا يجب بالشك فإن أحرم ثم علم بعد أنه قد جاوز ما يحاذيه من المواقيت غير محرم فعليه دم وإن شك فى أقرب الميقاتين إليه فالحكم فى ذلك على ما ذكرنا فى المسألة قبلها ، وإن كانتا متساويتين فى القرب إليه أحرم من حذو أبعدهما .

« مسألة » قال (وهذه المواقيت لأهلها ولمن مر عليها من غير أهلها ممن أراد حجا أو عمرة) .

وجملة ذلك أن من سلك طريقاً فيها ميقات فهو ميقاته فإذا حج الشامى من المدينة فمر بذى الحليفة فهى ميقاته ، وإن حج من اليمن فميقاته يلملم ، وإن حج من العراق فميقاته ذات عرق وهكذا كل من مر على ميقات غير ميقات بلده صار ميقاتاً له ، سئل أحمد عن الشامى يمر بالمدينة يريد الحج من أين يهل ؟ قال من ذى الحليفة قيل : فان بعض الناس يقول يهل من ميقاته من الجحفة فقال سبحان الله أليس يروى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم « هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن » وهذا قول الشافعى وإسحاق وقال أبو ثور فى الشامى يمر بالمدينة له أن يحرم من الجحفة وهو قول أصحاب الرأى وكانت عائشة إذا أرادت الحج أحرمت من ذى الحليفة ، وإذا أرادت العمرة أحرمت من الجحفة ، ولعلهم يحتجون بأن النبى صلى الله عليه وسلم وقت لأهل الشام الجحفة .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن» ولأنه ميقات فلم يجز تجاوزه بغير إحرام لمن يريد النسك كسائر المواقيت ، وخبرهم أريد به من لم يمر على ميقات آخر بدليل ما لو مر بميقات غير ذى الحليفة لم يجز له

تجاوزه بغير إحرام بغير خلاف . وقد روى سعيد عن سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لمن ساحل من أهل الشام الجحفة ولا فرق بين الحج والعمرة فى هذا لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجا أو عمرة » .

(فصل) فان مر من غير طريق ذى الحليفة فميقاته الجحفة سواء كان شاميا أو مدنيا لما روى أبو الزبير أنه سمع جابراً يسأل عن المهل فقال سمعته — أحسبه رفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم يقول « مهل أهل المدينة من ذى الحليفة والطريق الآخر من الجحفة ، رواه مسلم ولأنه مر على أحد المواقيت دون غيره فلم يلزمه الاحرام قبله كسائر المواقيت ويحتمل أن أبا قتادة حين أحرم أصحابه دونه فى قصة صيده للحمار الوحشى إنما ترك الإحرام لكونه لم يمر على ذى الحليفة فأخر إحرامه إلى الجحفة إذ لو مر عليها لم يجز له تجاوزها من غير إحرام . ويمكن حمل حديث عائشة فى تأخيرها إحرام العمرة إلى الجحفة على هذا ، وأنها لا تمر فى طريقها على ذى الحليفة لئلا يكون فعلها مخالفا لقول رسـول الله صلى الله عليه وسلم ولسائر أهل العلم .

« مسألة » قال (والاختيار أن لا يحرم قبل ميقاته ، فان فعل فهو محرم) .

لا خلاف فى أن من أحرم قبل الميقات يصير محرما تثبت فى حقه أحكام الاحرام قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من أحرم قبل الميقات أنه محرم ولكن الأفضل الاحرام من الميقات ويكره قبله . روى نحو ذلك عن عمر وعثمان وبه قال الحسن وعطاء ومالك وإسحاق وقال أبو حنيفة : الأفضل الاحرام من بلده وعن الشافعى كالمذهبين وكان علقمة والأسود وعبد الرحمن وأبو إسحاق يحرمون من بيوتهم . واحتجوا بما روت أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أهل بحجة أو عمرة من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، أو وجبت له الجنة » شك عبد الله أيهما قال . رواه أبو داود . وفى لفظ رواه ابن ماجه « من أهل بعمرة من بيت المقدس غفر له » وأحرم ابن عمر من إيليا . وروى النسائى وأبو داود

باسناديهما عن الضبي بن معبد قال « أهللت بالحج والعمرة فلما أتيت العذيب لقيني سليمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وأنا أهل بهما فقال أحدهما : ما هذا بأفقه من بعيره فأتيت عمر فذكرت له ذلك . فقال . هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم » وهذا إحرام به قبل الميقات وروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما فى قوله تعالى (٢ : ١٩٦ وأتموا الحج والعمرة لله) إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحرموا من الميقات ولا يفعلون إلا الأفضل ، فإن قيل إنما فعل هذا لتبيين الجواز ، قلنا قد حصل بيان الجواز بقوله كما فى سائر المواقيت ، ثم لو كان كذلك لكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه يحرمون من بيوتهم ولما تواطؤا على ترك الأفضل واختيار الأدنى ، وهم أهل التقوى والفضل وأفضل الخلق ولهم من الحرص على الفضائل والدرجات ما لهم ، وقد روى أبو يعلى الموصلى فى مسنده عن أبى أيوب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يستمتع أحدكم بحله ما استطاع فإنه لا يدرى ما يعرض له فى إحرامه » وروى الحسن « أن عمران بن حصين أحرم من مصره فبلغ ذلك عمر فغضب وقال يتسامع الناس أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم من مصره » وقال « إن عبد الله بن عامر أحرم من خراسان فلما قدم على عثمان لامه فيما صنع وكرهه له » رواهما سعيد والأثرم قال البخارى « كره عثمان أن يحرم من خراسان أو كرمان » ولأنه أحرم قبل الميقات فكره كالاحرام بالحج قبل أشهره ، ولأنه تغرير بالاحرام وتعرض لفعل محظوراته وفيه مشقة على النفس فكره كالوصال فى الصوم قال عطاء أنظروا هذه المواقيت التى وقتت لكم فخذوا برخصة الله فيها فإنه عسى أن يصيب أحدكم ذنبا فى إحرامه فيكون أعظم لوزره فإن الذنب فى الإحرام أعظم من ذلك . فأما حديث الإحرام من بيت المقدس ففيه ضعف يرويه ابن أبى فديك ومحمد بن اسحاق وفيهما مقال ويحتمل اختصاص هذا ببيت المقدس دون غيره ليجمع بين الصلاة فى المسجدين فى إحرام واحد ولذلك أحرم ابن عمر منه ولم يكن يحرم من غيره إلا من الميقات ، وقول عمر للضبي « هديت لسنة نبيك » يعنى فى القران فالجمع بين الحج والعمرة لا فى الإحرام من قبل الميقات فإن سنة النبي صلى الله عليه وسلم

الإحرام من الميقات . بين ذلك بفعله وقوله ، وقد بين أنه لم يرد ذلك إنكاره على عمران ابن حصين إحرامه من مصره ، وأما قول عمر وعلى فإنهما قالا « إتمام العمرة أن تنشئها من بلدك » ومعناه أن تنشىء لها سفراً من بلدك تقصد له ، ليس أن تحرم بها من أهلك . قال أحمد كان سفيان يفسره بهذا وكذلك فسره به أحمد . ولا يصح أن يفسر بنفس الإحرام فإن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ماأحرموا بها من بيوتهم وقد أمرهم الله بإتمام العمرة ، فلو حمل قولهم على ذلك لكان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه تاركين لأمر الله . ثم إن عمر وعليا ماكانا يحرمان إلا من الميقات ، أفتراهما يريان أن ذلك ليس باتمام لها ويفعلانه ؟ هذا لا ينبغي أن يتوهمه أحد ولذلك أنكر عمر على عمران إحرامه من مصره واشتد عليه وكره أن يتسامع الناس مخافة أن يؤخذ به ، أفتراه كره إتمام العمرة واشتد عليه أن يأخذ الناس بالأفضل ؟ هذا لا يجوز ، فيتعين حمل قولهما فى ذلك على ما حمله عليه الأئمة والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن أراد الإحرام فجاوز الميقات غير محرم رجع فأحرم من الميقات فإن أحرم من مكانه فعليه دم ، وإن رجع محرما إلى الميقات) .

وجملة ذلك : أن من جاوز الميقات مريداً للنسك غير محرم فعليه أن يرجع إليه ليحرم منه إن أمكنه سواء تجاوزه ، عالماً به أو جاهلا ، علم تحريم ذلك أو جهله فان رجع إليه فأحرم منه فلا شىء عليه . لا نعلم فى ذلك خلافا . وبه يقول جابر بن زيد والحسن وسعيد بن جبير والثورى والشافعى وغيرهم لأنه أحرم من الميقات الذى أمر بالإحرام منه فلم يلزمه شىء كما لو لم يتجاوزه وإن أحرم من دون الميقات فعليه دم سواء رجع إلى الميقات أو لم يرجع . وبهذا قال مالك ، وابن المبارك وظاهر مذهب الشافعى : أنه إن رجع إلى الميقات فلا شىء عليه إلا أن يكون قد تلبس بشىء من أفعال الحج كالوقوف وطواف القدوم فيستقر الدم عليه لأنه حصل محرما فى الميقات قبل التلبس بأفعال الحج فلم يلزمه دم كما لو أحرم منه وعن أبى حنيفة : إن رجع إلى الميقات فلبى سقط عنـــه الدم وإن لم يلب لم يسقط ، وعن عطاء والحسن والنخعى : لا شىء على من ترك الميقات ، وعن سعيد بن جبير لا حج لمن ترك الميقات .

ولنا : ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ترك نسكا فعليه دم » روى موقوفا ومرفوعاً ، ولأنه أحرم دون ميقاته فاستقر عليه الدم كما لو لم يرجع أو كما لو طاف عند الشافعي أو كما لو لم يلب عند أبي حنيفة ولأنه ترك الإحرام من ميقاته فلزمه الدم كما ذكرنا ولأن الدم وجب لتركه الإحرام من الميقات ولا يزول هذا برجوعه ولا بتلبيته ، وفارق ما إذا رجع قبل إحرامه فأحرم منه فإنه لم يترك الإحرام منه ولم يهتكه .

(فصل) ولو أفسد المحرم من دون الميقات حجه لم يسقط عنه الدم وبه قال الشافعي وإسحق وأبو ثور وابن المنذر . وقال الثوري وأصحاب الرأي يسقط لأن القضاء واجب .

ولنا : أنه واجب عليه بموجب هذا الإحرام فلم يسقط بوجوب القضاء كبقية المناسك وكجزاء الصيد .

(فصل) فأما المجاوز للميقات ممن لا يريد النسك فعلى قسمين : أحدهما : لا يريد دخول الحرم بل يريد حاجة فيما سواه فهذا لا يلزمه الاحرام بغير خلاف ولاشيء عليه في ترك الاحرام وقد أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه بدرا مرتين وكانوا يسافرون للجهاد وغيره فيمرون بذي الحليفة فلا يحرمون ولا يرون بذلك بأساً ثم متى بدا لهذا الاحرام وتجدد له العزم عليه أحرم من موضعه ولا شيء عليه، هذا ظاهر كلام الخرقي وبه يقول مالك والثوري والشافعي وصاحبا أبي حنيفة وحكى ابن المنذر عن أحمد في الرجل يخرج لحاجة وهو لا يريد الحج فجاوز ذا الحليفة ثم أراد الحج يرجع إلى ذي الحليفة فيحرم ، وبه قال إسحق ولأنه أحرم من دون الميقات فلزمه الدم كالذي يريد دخول الحرم والأول أصح ، وكلام أحمد يحمل على من يجاوز الميقات ممن يجب عليه الاحرام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « فهن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجاً أوعمرة » ولأنه حصل دون الميقات على وجه مباح فكان له الاحرام منه كأهل ذلك المكان . ولأن هذا القول يفضي إلى أن من كان منزله دون الميقات إذا خرج إلى الميقات ثم عاد إلى منزله وأراد الاحرام لزمه الخروج إلى الميقات ولا قائل به . وهو مخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومن كان منزله دون الميقات فمهله من أهله » .

(القسم الثانى) من يريد دخول الحرم إما إلى مكة أو غيرها فهم على ثلاثة أضرب أحدها من يدخلها لقتال مباح أو من خوف أو لحاجة متكررة كالحشاش والحطاب وناقل الميره والفيج ومن كانت له ضيعة يتكرر دخوله وخروجه إليها فهؤلاء لا إحرام عليهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم دخل يوم الفتح مكة حلالا وعلى رأسه المغفر » وكذلك أصحابه ولم نعلم أحدا منهم أحرم يومئذ ، ولو أوجبنا الاحرام على كل من يتكرر دخوله أفضى إلى أن يكون جميع زمانه محرماً فسقط للحرج وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز لأحد دخول الحرم بغير إحرام إلا من كان دون الميقات ، لأنه يجاوز الميقات مريداً للحرم فلم يجز بغير إحرام كغيره .

ولنا : ما ذكرناه وقد روى الترمذى « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل يوم الفتح مكة وعلى رأسه عمامة سوداء » وقال هذا حديث حسن صحيح . ومتى أراد هذا النسك بعد مجاوزة الميقات أحرم من موضعه كالقسم الذى قبله . وفيه من الخلاف ما فيه .

(النوع الثانى) من لا يكلف الحج كالعبد والصبى والكافر إذا أسلم بعد مجاوزة الميقات أو عتق العبد وبلغ الصبى وأرادوا الاحرام فانهم يحرمون من موضعهم ولا دم عليهم ، وبهذا قال عطاء ومالك والثورى والأوزاعى واسحق وهو قول أصحاب الرأى فى الكافر يسلم والصبى يبلغ . وقالوا فى العبد عليه دم . وقال الشافعى فى جميعهم على كل واحد منهم دم . وعن أحمد فى الكافر يسلم كقوله ويتخرج فى الصبى والعبد كذلك ، قياساً على الكافر يسلم ، لأنهم تجاوزوا الميقات بغير إحرام وأحرموا دونه ، فلزمهم الدم كالمسلم البالغ العاقل .

ولنا : إنهم أحرموا من الموضع الذى وجب عليهم الاحرام منه فأشبهوا المكى ومن قريته دون الميقات إذا أحرم منها . وفارق من يجب عليه الاحرام إذا تركه . لأنه ترك الواجب عليه .

(النوع الثالث) المكاف الذى يدخل لغير قتال ولا حاجة متكررة فلا يجوز له تجاوز الميقات غير محرم وبه قال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعى وقال بعضهم

لا يجب الإحرام عليه وعن أحمد ما يدل على ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه دخلها بغير إحرام ولأنه أحد الحرمين فلم يلزم الإحرام لدخوله كحرم المدينة ولأن الوجوب من الشرع ولم يرد من الشارع إيجاب ذلك على كل داخل فبقى على الأصل ، ووجه الأولى أنه لو نذر دخولها لزمه الإحرام ولو لم يكن واجبا لم يجب بنذر الدخول كسائر البلدان .

إذا ثبت هذا : فمتى أراد هذا الإحرام بعد تجاوز الميقات رجع فأحرم منه فإن أحرم من دونه فعليه دم كالمريد للنسك .

(فصل) ومن دخل الحرم بغير إحرام ممن يجب عليه الإحرام فلا قضاء عليه وهذا قول الشافعى وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يأتى بحجة أو عمرة فإن أتى بحجة الإسلام فى سنته أو منذورة أو عمرة أجزأته عن عمرة الدخول استحسانا لأن مروره على الميقات مريداً للحرم يوجب الإحرام ، فإذا لم يأت به وجب قضاؤه كالمنذور .

ولنا : أنه مشروع لتحية البقعة فإذا لم يأت به سقط كتحية المسجد ، فإن قيل تحية المسجد غير واجبة قلنا إلا أن النوافل المرتبات تقضى وإنما سقط القضاء لما ذكرنا فأما إن تجاوز الميقات ورجع ولم يدخل الحرم فلا قضاء عليه بغير خلاف نعلمه سواء أراد النسك أو لم يرده ،

(فصل) ومن كان منزله دون الميقات خارجا من الحرم فحكمه فى مجاوزة قريته إلى ما يلى الحرم حكم المجاوز للميقات فى هذه الأحوال الثلاث . لأن موضعه ميقاته ، فهو فى حقه كالمواقيت الخمسة فى حق الآفاقى .

« مسألة » قال (ومن جاوز الميقات غير محرم فخشى إن رجع إلى الميقات فاته الحج ، أحرم من مكانه وعليه دم)

لا خلاف فى أن من خشى فوات الحج برجوعه إلى الميقات أنه يحرم من موضعه فيما نعلمه ، إلا أنه روى عن سعيد بن جبير من ترك الميقات فلا حج له » وما عليه الجمهور أولى . فإنه لو كان من أركان الحج لم يختلف باختلاف الناس

والأماكن كالوقوف والطواف . وإذا أحرم من دون الميقات عند خوف الفوات فعليه دم . لا نعلم فيه خلافاً عند من أوجب الإحرام من الميقات لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ترك نسكا فعليه دم » وإنما أبحنا له الإحرام من موضعه مراعاة لإدراك الحج فإن مراعاة ذلك أولى من مراعاة واجب فيه مع فواته . ومن لم يمكنه الرجوع لعدم الرفقة أو الخوف من عدو أو لص أو مرض أو لا يعرف الطريق ونحو هذا مما يمنع الرجوع فهو كخائف الفوات فى أنه يحرم من موضعه وعليه دم .

باب ذكر الاحرام

« مسألة » قال أبو القاسم (ومن أراد الحج وقد دخل أشهر الحج فإذا بلغ الميقات فالاختيار له أن يغتسل) ،

قوله « وقد دخل أشهر الحج » يدل على أنه لا ينبغى أن يحرم بالحج قبل أشهره وهذا هو الأولى فإن الإحرام بالحج قبل أشهره مكروه لكونه إحراماً به قبل وقته فأشبه الإحرام به قبل ميقاته ولأن فى صحته اختلافاً فإن أحرم به قبل أشهره صح وإذا بقى على إحرامه إلى وقت الحج جاز نص عليه أحمد وهو قول النخعى ومالك والثورى وأبى حنيفة وإسحاق . وقال عطاء وطاوس ومجاهد والشافعى : يجعله عمرة لقول الله تعالى (الحج أشهر معلومات) تقديره وقت الحج أشهر ، أو أشهر الحج أشهر معلومات ، فحذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه ، ومتى ثبت أنه وقته لم يجز تقديم إحرامه عليه كأوقات الصلوات .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ١٨٩ يسألونك عن الأهلة ؟ قل هى مواقيت للناس والحج) فدل على أن جميع الأشهر ميقات (١) ولأنه أحد نسكى القران فجاز الإحرام

---

(١) هذا ضعيف جداً ، ولو صح لجاز صيام رمضان فى شهر آخر فإن قوله تعالى (الحج أشهر معلومات) لا يختلف عن تعيين شهر رمضان باسمه . فإن قوله (معلومات) كتسميتها سواء .

به فى جميع السنة كالعمرة ، أو أحد الميقاتين فصح الإحرام قبله كميقات المكان .
والآية محمولة على أن الإحرام به إنما يستحب فيها .

وعلى كل حال فمن أراد الإحرام استحب له أن يغتسل قبله فى قول أكثر أهل العلم منهم طاوس والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . لما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه « أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم تجرد لإهلاله واغتسل » رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر أسماء بنت عميس وهى نفساء أن تغتسل عند الإحرام » وأمر عائشة أن تغتسل عند الإهلال بالحج وهى حائض ، ولأن هذه العبادة يجتمع لها الناس فسن لها الاغتسال كالجمعة وليس ذلك واجباً فى قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الإحرام جائز بغير اغتسال وأنه غير واجب وحكى عن الحسن أنه قال . إذا نسى الغسل أن يغتسل اذا ذكر . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله قيل له عن بعض أهل المدينة من ترك الغسل عند الإحرام فعليه دم لقول النبى صلى الله عليه وسلم لأسماء وهى نفساء « اغتسلى » فكيف الطاهر ؟ فأظهر التعجب من هذا القول ، وكان ابن عمر يغتسل أحيانا ويتوضأ أحيانا . وأى ذلك فعل أجزأه ، ولا يجب الاغتسال ولا نقل الأمر به إلا لحائض أو نفساء . ولو كان واجبا لأمر به غيرهما ولأنه لأمر مستقبل . فأشبه غسل الجمعة .

(فصل) فإن لم يجد ماء لم يسن له التيمم . وقال القاضى : يتيمم . لأنه غسل مشروع ، فناب عنه التيمم كالواجب .

ولنا : أنه غسل مسنون فلم يستحب التيمم عند عدمه كغسل الجمعة وما ذكره منتقض بغسل الجمعة ونحوه من الاغسال المسنونة والفرق بين الواجب والمسنون أن الواجب يراد لإباحة الصلاة والتيمم يقوم مقامه فى ذلك والمسنون يراد للتنظيف وقطع الرائحة والتيمم لا يحصل هذا بل يزيد شعثا وتغبيراً ، ولذلك افترقا فى الطهاره الصغرى فلم يشرع تجديد التيمم ولا تكرار المسح به :

(فصل) ويستحب التنظف بإزالة الشعث وقطع الرائحة ونتف الأبط وقص الشارب وقلم الأظفار وحلق العانة لأنه أمر يسن له الاغتسال والطيب فسن له هذا

كالجمعة . ولأن الإحرام يمنع قطع الشعر وقلم الأظفار فاستحب فعله قبله لئلا يحتاج إليه فى إحرامه . فلا يتمكن منه .

« مسألة » قال (ويلبس ثوبين نظيفين)

يعنى : إزاراً ورداء فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « وليحرم أحدكم فى إزار ورداء ونعلين » قال ابن المنذر : ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وثبت أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا لم يجد إزاراً فليلبس السراويل وإذا لم يجد النعلين فليلبس الخفين » ولأن المحرم ممنوع من لبس المخيط فى شيء من بدنه يعنى بذلك مايخاط على قدر الملبوس عليه . كالقميص والسراويل . ولو لبس إزاراً موصلا أو اتشح بثوب مخيط جاز . ويستحب أن يكونا نظيفين إما جديدين ، وإما غسيلين لأننا أحببنا له التنظف فى بدنه فكذلك فى ثيابه كشاهد الجمعة والأولى أن يكونا أبيضين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « خير ثيابكم البياض فألبسوها أحياءكم وكفنوا فيها موتاكم » (١)

« مسألة » قال (ويتطيب)

وجملة ذلك : أنه يستحب لمن أراد الإحرام أن يتطيب فى بدنه خاصة ولا فرق بين ما يبقى عينه كالمسك والغالية أو أثره كالعود والبخور وماء الورد . هذا قول ابن عباس وابن الزبير وسعد بن أبى وقاص وعائشة وأم حبيبة ومعاوية وروى عن محمد بن الحنفية وأبى سعيد الخدرى وعروة والقاسم والشعبى وابن جريج وكان عطاء يكره ذلك وهو قول مالك وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر رضى الله عنهم واحتج مالك بما روى يعلى بن أمية أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله : كيف ترى فى رجل أحرم بعمرة وهو متضمخ بطيب ؟ فسكت النبى صلى الله عليه وسلم يعنى ساعة ثم قال « اغسل الطيب الذى بك — ثلاث

---

(١) عزاه فى الجامع الصغير إلى الدارقطنى فى افراده عن أنس وحسنه . وعزا نحوه إلى ابن ماجه والطبرانى والحاكم عن ابن عباس مع زيادة فى كحل الأثمد وصححه

مرات — وانزع عنك الجبة واصنع فى عمرتك ما تصنع فى حجتك ، متفق عليه . ولأنه يمنع من ابتدائه فمنع استدامته كاللبس .

ولنا : قول عائشة « كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت قالت : وكأنى أنظر إلى وبيص الطيب فى مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم » متفق عليه وفى لفظ لمسلم « طيبته بأطيب الطيب وقالت بطيب فيه مسك - وفى لفظ للنسائى — كأنى أنظر إلى وبيص طيب المسك فى مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديثهم فى بعض ألفاظه عليه جبة بها أثر خلوق » رواه مسلم وفى بعضها وهو متضمخ بالخلوق وفى بعضها عليه ردع من زعفران وهذه الألفاظ تدل على أن طيب الرجل كان من الزعفران وهو منهى عنه للرجال فى غير الإحرام ففيه أولى وقد روى البخارى « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يتزعفر الرجل » ولأن حديثهم فى سنة ثمان ، وحديثنا فى سنة عشر ، قال ابن جريج كان شأن صاحب الجبة قبل حجة الوداع قال ابن عبد البر : لاخلاف بين جماعة أهل العلم بالسير والآثار أن قصة صاحب الجبة كانت عام حنين بالجعرانة سنة ثمان ، وحديث عائشة فى حجة الوداع سنة عشر ، فعند ذلك إن قدر التعارض فحديثنا ناسخ لحديثهم فإن قيل فقد روى محمد بن المنتشر قال سمعت ابن عمر ينهى عن الطيب عند الإحرام . فقال : لأن أطلى بالقطران أحب إلى من ذلك قلنا تمام الحديث قال فذكرت ذلك لعائشة فقالت يرحم الله أبا عبد الرحمن قد كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيطوف فى نسائه ثم يصبح ينضح طيباً فإذاً صار الخبر حجة على من احتج به فإن فعل النبى صلى الله عليه وسلم حجة على ابن عمر وغيره وقياسهم يبطل بالنكاح فإنه يمنع ابتداءه دون استدامته .

(فصل) وإن طيب ثوبه فله استدامة لبسه ما لم ينزعه . فإن نزعه لم يكن له أن يلبسه ، فإن لبسه افتدى ، لأن الإحرام يمنع ابتداء الطيب ولبس المطيب دون الاستدامة وكذلك إن نقل الطيب من موضع من بدنه إلى موضع آخر افتدى لأنه تطيب فى إحرامه وكذا إن تعمد مسه بيده أو نحاه من موضعه ثم رده إليه فأما إن عرق الطيب أو ذاب بالشمس فسال من موضعه إلى موضع آخر فلا شىء عليه لأنه ليس من فعله فجرى مجرى الناسى قالت عائشة « كنا نخرج مع

النبي صلى الله عليه وسلم إلى مكة فتضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراها النبي صلى الله عليه وسلم فلا ينهاها » رواه أبو داود .

« مسألة » قال (فإن حضر وقت صلاة مكتوبة وإلا صلى ركعتين)

المستحب أن يحرم عقيب الصلاة فان حضرت صلاة مكتوبة أحرم عقيبها وإلا صلى ركعتين تطوعاً وأحرم عقيبهما . استحب ذلك عطاء وطاوس ومالك والشافعي والثوري وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وروى ذلك عن ابن عمر وابن عباس . وقد روى عن أحمد : أن الإحرام عقيب الصلاة وإذا استوت به راحلته وإذا بدأ بالسير سواء ، لأن الجميع قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق صحيحة قال الأثرم سألت أبا عبد الله أيما أحب إليك الإحرام فى دبر الصلاة أو إذا استوت به راحلته ؟ فقال : كل ذلك قد جاء فى دبر الصلاة وإذا علا البيداء وإذا استوت به ناقته ، فوسع فى ذلك كله قال ابن عباس « ركب النبي صلى الله عليه وسلم راحلته حتى استوت على البيداء أهل هو وأصحابه وقال أنس : لما ركب راحلته واستوت به أهل وقال ابن عمر : أهل النبي صلى الله عليه وسلم حين استوت به راحلته قائمة » رواهن البخاري والأولى الإحرام عقيب الصلاة لما روى سعيد بن جبير قال : ذكرت لابن عباس إهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الإحرام حين فرغ من صلاته ثم خرج فلما ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم راحلته واستوت به قائمة أهل فأدرك ذلك منه قوم فقالوا أهل حين استوت به الراحلة وذلك أنهم لم يدركوا إلا ذلك ثم سار حتى علا البيداء فأهل فأدرك ذلك منه قوم فقالوا أهل حين علا البيداء » رواه أبو داود والأثرم وهذا لفظ الأثرم وهذا فيه بيان وزيادة علم فيتعين حمل الأمر عليه ولو لم يقلم ابن عباس لتعين حمل الأمر عليه جمعاً بين الأخبار المختلفة ، وهذا على سبيل الاستحباب وكيف ما أحرم جاز لا نعلم أحداً خالف فى ذلك .

« مسألة » قال (فان أراد التمتع وهو اختيار أبي عبد الله فيقول : اللهم إنى أريد العمرة)

وجملة ذلك أن الإحرام يقع بالنسك من وجوه ثلاثة : تمتع وافراد وقران فالتمتع أن يهل بعمرة مفردة من الميقات فى أشهر الحج . فإذا فرغ منها أحرم بالحج من عامه والإفراد أن يهل بالحج مفرداً، والقران أن يجمع بينهما فى الإحرام بهما أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج قبل الطواف فأى ذلك أحرم به جاز قالت عائشة « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنا من أهل بعمرة ، ومنا من أهل بحج وعمرة ، ومنا من أهل بحج » متفق عليه فهذا هو التمتع والإفراد والقران وأجمع أهل العلم على جواز الإحرام بأى الأنساك الثلاثة شاء ، واختلفوا فى أفضلها فاختار إمامنا التمتع ثم الإفراد ثم القران . وممن روى عنه اختيار التمتع ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وعائشة والحسن وعطاء وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد والقاسم وسالم وعكرمة وهو أحد قولى الشافعى . وروى المروذى عن أحمد إن ساق الهدى فالقران أفضل وإن لم يسقه فالتمتع أفضل . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قرن حين ساق الهدى ومنع كل من ساق الهدى من الحج حتى ينحر ، هديه وإليه ذهب الثورى وأصحاب الرأى إلى اختيار القران لما روى أنس قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل بهما جميعاً لبيك عمرة وحجا لبيك عمرة وحجا » متفق عليه وحديث الضبى بن معبد حين لبى بهما ثم أتى عمر فسأله فقال هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم وروى عن مروان بن الحكم قال « كنت جالساً عند عثمان بن عفان فسمع عليا يلبى بعمرة وحج فأرسل إليه فقال : ألم تكن نهينا عن هذا قال بلى ولكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبى بهما جميعاً فلم أكن أدع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقولك » رواه سعيد ولأن القران مبادرة إلى فعل العبادة وإحرام بالنسكين من الميقات وفيه زيادة نسك هو الدم فكان أولى . وذهب مالك وأبو ثور إلى اختيار الافراد وهو ظاهر مذهب الشافعى . وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وجابر وعائشة لما روت عائشة وجابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أفرد الحج متفق عليهما وعن ابن عمر وابن عباس مثل ذلك متفق عليهما ولأنه يأتى بالحج تاماً

من غير احتياج إلى جبر فكان أولى . قال عثمان : ألا إن الحج التام من أهليكم والعمرة التامة من أهليكم وقال إبراهيم : إن أبا بكر وعمر وابن مسعود وعائشة كانوا يجردون الحج .

ولنا : ما روى ابن عباس وجابر وأبو موسى وعائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه لما طافوا بالبيت أن يحلوا ويجعلوها عمرة فنقلهم من الأفراد والقران إلى المتعة ولا ينقلهم إلا إلى الأفضل وهذه الأحاديث متفق عليها ولم يختلف عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لما قدم مكة أمر أصحابه أن يحلوا إلا من ساق هديا، وثبت على إحرامه وقال « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما سقت الهدى ولجعلتها عمرة » قال جابر حججنا مع النبى صلى الله عليه وسلم يوم ساق البدن معه وقد أهلوا بالحج مفردا فقال لهم « حلوا من إحرامكم بطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ثم أقيموا حلالا حتى إذا كان يوم التروية فأهلوا بالحج واجعلوا التى قدمتم بها متعة » فقالوا كيف نجعلها متعة وقد سمينا الحج ؟ فقال « افعلوا ما أمرتكم به فلولا أنى سقت الهدى لفعلت مثل الذى أمرتكم به » وفى لفظ فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « قد علمتم أنى أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم ولولا هديى لحللت كما تحلون ولو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما أهديت » فحللنا وسمعنا وأطعنا متفق عليهما فنقلهم إلى التمتع وتأسف إذ لم يمكنه ذلك فدل على فضله ، ولأن التمتع منصوص عليه فى كتاب الله تعالى بقوله (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) دون سائر الإنساك ، ولأن المتمتع يجتمع له الحج والعمرة فى أشهر الحج مع كمالها وكمال أفعالها على وجه اليسر والسهولة مع زيادة نسك فكان ذلك أولى فأما القران فإنما يؤتى فيه بأفعال الحج وتدخل أفعال العمرة فيه ، والمفرد فإنما يأتى بالحج وحده وإن اعتمر بعده من التنعيم فقد اختلف فى إجزائها عن عمرة الإسلام وكذلك اختلف فى إجزاء عمرة القران ولا خلاف فى إجزاء التمتع عن الحج والعمرة جميعا فكان أولى فأما حجتهم فإنما احتجوا بفعل النبي صلى الله عليه وسلم والجواب عنها من أوجه (الأول) إنا نمنع أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم محرما بغير التمتع ولا يصح الاحتجاج بأحاديثهم لأمور (أحدها) أن رواة أحاديثهم قد رووا أن النبي صلى الله عليه وسلم

تمتع بالعمرة إلى الحج روى ذلك ابن عمر وجابر وعائشة من طرق صحاح فسقط الاحتجاج بها (الثانى) أن رواياتهم اختلفت فرووا مرة أنه أفرد، ومرة أنه تمتع، ومرة أنه قرن والقضية واحدة ولا يمكن الجمع بينهما فيجب إطراحها كلها، وأحاديث القران أصحها حديث أنس وقد أنكره ابن عمر فقال: «يرحم الله أنسا ذهل أنس» متفق عليه وفى رواية «كان أنس يتولج على النساء» يعنى أنه كان صغيراً وحديث على رواه حفص ابن أبى داود وهو ضعيف عن ابن أبى ليلى وهو كثير الوهم قاله الدار قطنى (الثالث) أن أكثر الروايات أن النبى صلى الله عليه وسلم كان متمتعا روى ذلك عمر وعلى وعثمان وسعد بن أبى وقاص وابن عباس وابن عمر ومعاوية وأبو موسى وجابر وعائشة وحفصة بأحاديث صحيحة، وإنما منعه من الحل الهدى الذى كان معه ففى حديث عمر أنه قال: «إنى لا أنهاكم عن المتعة وأنها فى كتاب الله ولقد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم. يعنى العمرة فى الحج وفى حديث على أنه اختلف هو وعثمان فى المتعة بعسفان فقال على ماتريد إلى أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم تنهى عنه» متفق عليه وللنسائى وقال على لعثمان ألم تسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم تمتع؟ قال بلى وعن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وعنه أن حفصة قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك؟ فقال «إنى لبدت رأسى وقلدت هديى فلا أحل حتى أنحر متفق عليهما وقال سعد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وصنعناها معه وهذه الأحاديث راجحة لأن رواتها أكثر وأعلم بالنبى صلى الله عليه وسلم. ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر بالمتعة عن نفسه فى حديث حفصة فلا تعارض بظن غيره، ولأن عائشة كانت متمتعة بغير خلاف وهى مع النبى صلى الله عليه وسلم ولا تحرم إلا بأمره ولم يكن ليأمرها بأمر ثم يخالف إلى غيره، ولأنه يمكن الجمع بين الأحاديث بأن يكون النبى صلى الله عليه وسلم أحرم بالعمرة ثم يحل منها لأجل هديه حتى أحرم بالحج فصار قارنا وسماه من سماه مفرداً. لأنه اشتغل بأفعال الحج وحدها بعد فراغه من أفعال العمرة فإن الجمع بين الأحاديث مهما أمكن أولى من حملها على التعارض.

(الوجه الثانى) فى الجواب أن النبى صلى الله عليه وسلم قد أمر أصحابه بالانتقال إلى المتعة عن الإفراد والقران ولا يأمرهم إلا بالانتقال إلى الأفضل فإنه من المحال أن ينقلهم من الأفضل إلى الأدنى . وهو الداعى إلى الخير الهادى إلى الفضل ، ثم أكد ذلك بتأسفه على فوات ذلك فى حقه ، وأنه لا يقدر على انتقاله وحله لسوقه الهدى وهذا ظاهر الدلالة .

(الثالث) أن ما ذكرناه قول النبى صلى الله عليه وسلم وهم يحتجون بفعله وعند التعارض يجب تقديم القول لاحتمال اختصاصه بفعله دون غيره كنهيه عن الوصال مع فعله له ، ونكاحه بغير ولى ولا شهود مع قوله « لا نكاح إلا بولى »فإن قيل : فقد قال أبو ذر كانت متعة الحج لأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصة» رواه مسلم .

قلنا : هذا قول صحابى يخالف الكتاب والسنة والإجماع وقول من هو خير منه وأعلم أما الكتاب فقوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج) وهذا عام وأجمع المسلمون على إباحة التمتع فى جميع الأعصار وإنما اختلفوا فى فضله وأما السنه : فروى سعيد حدثنا هشيم أنبأنا حجاج عن عطاء عن جابر أن سراقة بن مالك سأل النبى صلى الله عليه وسلم المتعة لنا خاصة أو هى للأبد ؟ فقال « بل هى للأبد » وفى لفظ قال ألعامنا أو للأبد ؟ قال : لا بل الأبد لأبد دخلت العمرة فى الحج إلى يوم القيامة » وفى حديث جابر الذى رواه مسلم فى صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم نحو هذا ومعناه والله أعلم أن أهل الجاهلية كانوا لا يجيزون التمتع ويرون العمرة فى أشهر الحج من أفجر الفجور » فبين النبى صلى الله عليه وسلم أن الله تعالى شرع العمرة فى أشهر الحج وجوز المتعة إلى يوم القيامة ، وقال طاوس : كان أهل الجاهليةيرون العمرة فى أشهر الحج أفجر الفجور ، ويقولون . إذا انفسخ صفر ، وبرأ الدبر ، وعفا الأثر ، حلت العمرة لمن اعتمر : فلما كان الإسلام أمر الناس أن يعتمروا فى أشهر الحج فدخلت العمرة فى أشهر الحج إلى يوم القيامة . رواه سعيد ، وقد خالف أبا ذر على وسعد وابن عباس وابن عمر وعمران بن حصين وسائر الصحابة وسائر المسلمين ، قال عمران : « تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونزل فيه القرآن

ولم ينهنا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسخها شيء فقال فيها رجل برأيه ما شاء » متفق عليه ، وقال سعد بن أبي وقاص فعلناها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني المتعة وهذا يومئذ كافر بالعرش يعني الذي نهى عنها والعرش بيوت مكة ، وقال أحمد حين ذكر له حديث أبي ذر : أفيقول بهذا أحد ؟ المتعة في كتاب الله وقد أجمع المسلمون على جوازها . فإن قيل : فقد روى أبو داود بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى عمر فشهد عنده أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن العمرة قبل الحج .

قلنا : هذا حاله في مخالفة الكتاب والسنة والإجماع كحال حديث أبي ذر بل هو أدنى حالا فإن في إسناده مقالا . فإن قيل : فقد نهى عنها عمر وعثمان ومعاوية قلنا فقد أنكر عليهم علماء الصحابة نهيهم عنها وخالفوهم في فعلها والحق مع المنكرين عليهم دونهم وقد ذكرنا إنكار علي على عثمان واعتراف عثمان له وقول عمران بن حصين منكراً لنهي من نهى وقول سعد عائباً على معاوية نهيه عنها وردهم عليهم بحجج لم يكن لهم جواب عنها بل قد ذكر بعض من نهى عنها في كلامه ما يرد نهيه فقال عمر : والله إني لأنهاكم عنها وأنها لفي كتاب الله وقد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف في أن من خالف كتاب الله وسنة رسوله ونهى عما فيهما حقيق بأن لا يقبل نهيه ولا يحتج به مع أنه قد سئل سالم بن عبد الله ابن عمر أنهى عمر عن المتعة ؟ قال لا والله ما نهى عنها عمر ولكن قد نهى عثمان وسئل ابن عمر عن متعة الحج فأمر بها فقيل : إنك تخالف أباك قال إن عمر لم يقل الذي يقولون . ولما نهى معاوية عن المتعة أمرت عائشة حشمها ومواليها أن يهلوا بها فقال معاوية من هؤلاء ؟ فقيل حشم أو موالي عائشة فأرسل إليها ما حملك على ذلك ؟ قالت أحببت أن يعلم أن الذي قلت ليس كما قلت وقيل لابن عباس أن فلانا ينهى عن المتعة قال انظروا في كتاب الله فإن وجدتموها فيه فقد كذب على الله وعلى رسوله وإن لم تجدوها فقد صدق فأي الفريقين أحق بالإتباع وأولى بالصواب : الذين معهم كتاب الله وسنة رسوله أم الذين خالفوهما ؟ ثم قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي قوله حجة على الخلق أجمعين فكيف يعارض بقول

غيره ؟ قال سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : تمتع النبي صلى الله عليه وسلم فقال عروة نهى أبو بكر وعمر عن المتعة فقال ابن عباس : أراهم سيهلكون أقول قال النبي صلى الله عليه وسلم ويقولون نهى عنها أبو بكر وعمر وسئل ابن عمر عن متعة الحج فأمر بها فقال : إنك تخالف أباك فقال عمر لم يقل الذى يقولون : فلما أكثروا عليه قال : أفكتاب الله أحق أن تتبعوا أم عمر ؟ » روى الأثرم هذا كله .

(فصل) فمن أراد الإحرام بعمرة فالمستحب أن يقول : اللهم إنى أريد العمرة فيسرها لى وتقبلها منى ومحلى حيث تحبسنى فانه يستحب للإنسان النطق بما أحرم به ليزول الالتباس ، فان لم ينطق بشيء واقتصر على مجرد النية كفاه فى قول إمامنا ومالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة لا ينعقد بمجرد النية حتى تنضاف إليها التلبية أو سوق الهدى لما روى خلاد بن السائب الأنصارى عن أبيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « جاءنى جبريل فقال يا محمد مر أصحابك أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية » رواه النسائى وقال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ولأنها عبادة ذات تحريم وتحليل . فكان لها نطق واجب كالصلاة ، ولأن الهدى والأضحية لا يجبان بمجرد النية كذلك النسك .

ولنا . أنها عبادة ليس فى آخرها نطق واجب . فلم يكن فى أولها كالصيام ، والخبر المراد به الاستحباب فان منطوقه رفع الصوت ولا خلاف فى أنه غير واجب فما هو من ضرورته أولى ، ولو وجب النطق لم يلزم كونه شرطاً فان كثيراً من واجبات الحج غير مشترطة فيه ، والصلاة فى آخرها نطق واجب بخلاف الحج والعمرة . وأما الهدى والأضحية : فايجاب مال فأشبه النذر بخلاف الحج فانه عبادة بدنية فعلى هذا : لو نطق بغير ما نواه نحو أن ينوى العمرة فيسبق لسانه إلى الحج أو بالعكس انعقد ما نواه دون ما لفظ به قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا . وذلك لأن الواجب النية وعليها الاعتماد واللفظ لا عبرة به فلم يؤثر كما لا يؤثر اختلاف النية فيما يعتبر له اللفظ دون النية .

(فصل) فان لبى أو ساق الهدى من غير نية لم ينعقد إحرامه . لأن ما اعتبرت له النية لم ينعقد بدونها كالصوم والصلاة والله أعلم .

« مسألة » قال (ويشترط فيقول إن حبسنى حابس فحلى حيث حبستنى فان حبس حل من الموضع الذى حبس ولا شيء عليه) .

يستحب لمن أحرم بنسك أن يشترط عند إحرامه فيقول : إن حبسنى حابس فحلى حيث حبستنى ويفيد هذا الشرط شيئين :

(أحدهما) أنه إذا عاقه من عدو أو مرض أو ذهاب نفقـــة ونحوه أن له التحلل .

(والثانى) أنه متى حل بذلك فلا دم عليـه ولا صوم ، وممن روى عنه أنه رأى الاشتراط عند الإحرام : عمر وعلى وابن مسعود وعمار وذهب إليه عبيدة السلمانى وعلقمة والأسود وشريح وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح وعطاء بن يسار وعكرمة والشافعى إذ هو بالعراق وأنكره ابن عمر وطاوس وسعيد بن جبير والزهرى ومالك وأبو حنيفة . وعن أبى حنيفة أن الاشتراط يفيد سقوط الدم فأما التحلل فهو ثابت عنده بكل إحصار . واحتجوا بأن ابن عمر كان ينكر الاشتراط ويقول حسبكم سنة نبيكم صلى الله عليه وسلم ، ولأنها عبادة تجب بأصل الشرع فلم يفيد الاشتراط فيها كالصوم والصلاة .

ولنا . ما روت عائشة رضى الله عنها قالت دخل النبى صلى الله عليه وسلم على ضباعة بنت الزبير فقالت يا رسول الله إنى أريد الحج وأنا شاكية فقال النبى صلى الله عليه وسلم « حجى واشترطى أن محلى حيث حبستنى » متفق عليه وعن ابن عباس أن ضباعة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنى أريد الحج فكيف أقول ؟ فقال قولى « لبيك اللهم لبيك ، ومحلى من الأرض حيث تحبسنى فإن لك على ربك ما استثنيت » رواه مسلم . ولا قول لأحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف يعارض بقول ابن عمر ، ولو لم يكن فيه حديث لكان قول الخليفتين الراشدين مع من قد ذكرنا قوله من فقهاء الصحابة أولى من قول ابن عمر ، وغير هذا اللفظ مما يؤدى معناه يقوم مقامه لأن المقصود المعنى ، والعبارة إنما تعتبر لتأدية المعنى .

قال إبراهيم : خرجنا مع علقمة وهو يريد العمرة فقال اللهم إنى أريد العمرة

إن تيسرت وإلا فلا حرج علي وكان شريح يشترط : اللهم قد عرفت نيتي وما أريد فان كان أمراً تتمه فهو أحب إلى وإلا فلا حرج على . ونحوه عن الأسود . وقالت عائشة لعروة قل : اللهم إنى أريد الحج وإياه نويت فان تيسر وإلا فعمرة ، ونحوه عن عميرة بن زياد .

(فصل) فان نوى الاشتراط ولم يتلفظ به احتمل أن يصح . لأنه تابع لعقد الإحرام والإحرام ينعقد بالنية فكذلك تابعه ، واحتمل أن يعتبر فيه القول ، لأنه اشتراط فاعتبر فيه القول كالاشتراط فى النذر والوقف والاعتكاف ، ويدل عليه ظاهر قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عباس « قولى محلى من الأرض حيث تحبسنى »

« مسألة » قال (وإن أراد الإفراد قال : اللهم إنى أريد الحج ويشترط »

الإفراد : هو الإحرام بالحج مفرداً من الميقات وهو أحد الأنساك الثلاثة والحكم فى إحرامه كالحكم فى إحرام العمرة سواء فيما يجب ويستحب وحكم الاشتراط

مسألة » قال (وإن أراد القران قال اللهم إنى أريد العمرة والحج ويشترط)

معنى القران : الإحرام بالعمرة والحج معا أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج وهو أحد الأنساك المشروعة الثابتة بالنص والإجماع ، وقد روى أن معاوية قال لأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يقرن بين الحج والعمرة ؟ قالوا أما هذا فلا . قال : إنها معهن يعنى مع المنهيات ولكنكم نسيتم : وهذا مما لم يوافق الصحابة معاوية عليه مع ما يتضمنه من مخالفة الأحاديث الصحيحة والإجماع قال الخطابى : ويشبه أن يكون ذهب إلى تأويل قوله عليه السلام حين أمر أصحابه فى حجته بالإحلال وقال « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى » وكان قارنا فحمله معاوية على النهى والله أعلم .

(فصل) ويستحب أن يعين ما أحرم به وبه قال مالك وقال الشافعى فى أحد قوليه : الإطلاق أولى لما روى طاوس قال : خرج النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة لا يسمى حجا ينتظر القضاء فنزل عليه القضاء وهو بين الصفا والمروة

فأمر أصحابه من كان منهم أهل ولم يكن معه هدى أن يجعلوها عمرة ، ولأن ذلك أحوط ، لأنه لا يأمن الاحصار أو تعذر فعل الحج عليه فيجعلها عمرة .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بالإحرام بنسك معين فقال : « من شاء منكم أن يهل بحج وعمرة فليهل ، ومن أراد أن يهل بحج فليهل ، ومن أراد أن يهل بعمرة فليهل » والنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إنما أحرموا بمعين على ما ذكرنا فى الأحاديث الصحيحة ، وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم الذين كانوا معه فى حجته مطلعون على أحواله ، ويقتدون بأفعاله ، ويقفون على ظاهر أمره وباطنه أعلم به من طاوس ،وحديثه مرسل والشافعى لايحتج بالمراسيل المفردة ، فكيف يصير إلى هذا مع مخالفته للروايات المستفيضة المتفق عليها . والاحتياط ممكن بأن يجعلها عمرة فان شاء كان متمتعاً ، وإن شاء أدخل الحج عليها ، وكان قارنا .

(فصل) فان أطلق الإحرام فنوى الإحرام بنسك ولم يعين حجاً ولا عمرة صح وصار محرماً . لأن الإحرام يصح مع الإبهام فصح مع الإطلاق فاذا أحرم مطلقاً فله صرفه إلى أى الأنساك شاء ، لأن له أن يبتدىء الإحرام بما شاء منها فكان له صرف المطلق إلى ذلك ، والأولى صرفه إلى العمرة لأنه إن كان فى غير أشهر الحج فالإحرام بالحج مكروه أو ممتنع ، وإن كان فى أشهر الحج فالعمرة أولى لأن التمتع أفضل . وقد قال أحمد رحمه الله : يجعله عمرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أبا موسى حين أحرم بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عمرة كذا ههنا .

(فصل) ويصح إبهام الإحرام وهو أن يحرم بما أحرم به فلان لما روى أبو موسى قال قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو منيخ بالبطحاء فقال لى : « بم أهللت ؟ قلت : لبيك باهلال كاهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أحسنت » فأمرنى فطفت بالبيت وبالصفا والمروة ثم قال : « حل » متفق عليه .

وروى جابر وأنس أن علياً قدم من اليمن على رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « بم أهللت ؟ » قال : أهللت بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال جابر فى حديثه قال « فاهد وامكث حراما » وقال أنس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لولا أن معى هديا لحللت » متفق عليهما . ثم لا يخلو من أبهم إحرامه من أحوال أربعة (أحدها) أن يعلم ما أحرم به فلان فينعقد إحرامه بمثله . فإن عليا قال له النبي صلى الله عليه وسلم « ماذا قلت حين فرضت الحج ؟ » قال : قلت : اللهم إنى أهل بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فإن معى الهدى فلا تحل » (الثانى) أن لا يعلم ما أحرم به فلان فيكون إحرامه مطلقا حكمه حكم الناسى على ما سنبينه (الثالث) أن لا يكون فلان أحرم فيكون إحرامه مطلقا حكمه حكم الفصل الذى قبله (الرابع) أن لا يعلم هل أحرم فلان أو لا . فحكمه حكم من لم يحرم لأن الأصل عدم إحرامه فيكون إحرامه ههنا مطلقاً يصرفه إلى ما شاء فإن صرفه قبل الطواف فحسن ، وإن طاف قبل صرفه لم يعتد بطوافه لأنه طاف لا فى حج ولا عمرة .

(فصل) إذا أحرم بنسك ثم نسيه قبل الطواف فله صرفه إلى أى الأنساك شاء فإنه إن صرفه إلى عمرة وكان المنسى عمرة فقد أصاب ، وإن كان حجا مفرداً أو قرانا فله فسخهما إلى العمرة على ما سنذكره ، وإن صرفه إلى القران وكان المنسى قرانا فقد أصاب ، وإن كان عمرة فإدخال الحج على العمرة جائز قبل الطواف فيصير قارنا ، وإن كان مفرداً لغا إحرامه بالعمرة وصح بالحج وسقط فرضه ، وإن صرفه إلى الإفراد وكان مفرداً فقد أصاب ، وإن كان متمتعاً فقد أدخل الحج على العمرة فصار قارنا فى الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى وهو يظن أنه مفرد ، وإن كان قارنا فكذلك ، والمنصوص عن أحمد أنه يجعله عمرة . قال القاضى : هذا على سبيل الاستحباب . لأنه إذا استحب ذلك فى حال العلم فمع عدمه أولى ، وقال أبو حنيفة يصرفه إلى القران وهو قول الشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم يتحرى فيبنى على غالب ظنه . لأنه من شرائط العبادة فيدخله التحرى كالقبلة . ومنشأ الخلاف على فسخ الحج إلى العمرة فإنه جائز عندنا وغير جائز عندهم فعلى هذا : إن

صرفه إلى المتعة فهو متمتع عليه دم المتعة ويجزئه عن الحج والعمرة جميعاً ، وإن صرفه إلى إفراد أو قران لم يجزئه عن العمرة إذ من المحتمل أن يكون المنسى حجاً مفرداً وليس له إدخال العمرة على الحج فتكون صحة العمرة مشكوكا فيها فلا تسقط من ذمته بالشك ولا دم عليه لذلك فانه لم يثبت حكم القران يقيناً ، ولا يجب الدم مع الشك فى سببه . ويحتمل أن يجب ،فأما إن شك بعد الطواف لم يجز صرفه إلا إلى العمرة . لأن إدخال الحج على العمره بعد الطواف غير جائز فان صرفه إلى حج أو قران فانه يتحلل بفعل الحج ولا يجزئه عن واحد من النسكين . لأنه يحتمل أن يكون المنسى عمره فلم يصح إدخال الحج عليها بعد طوافها ، ويحتمل أن يكون حجاوإدخال العمرة عليه غير جائز فلم يجزئه واحد منها مع الشك ولا دم عليه للشك فيما يوجب الدم ولاقضاء عليه للشك فيمايوجبه ، وإن شك وهو فى الوقوف بعدأن طاف وسعى جعله عمرة فقصر ثم أحرم بالحجفانه إن كان المنسى عمرة فقد أصاب وكان متمتعاً ، وإن كان افراداً أو قرانا لم ينفسخ بتقصيره وعليه دم بكل حال ، فانه لايخلو من أن يكون متمتعاً عليه دمالمتعة أوغير متمتع فيلزمه دم لتقصيره ، وإن شك ولم يكن طاف وسعى جعله قرانا لأنهإن كان قارنا فقد أصاب وإن كان معتمراً فقد أدخل الحج على العمرة وصار قارنا ، وإن كان مفرداً لغا إحرامه بالعمرة وصح إحرامه بالحج . وإن صرفه إلى الحج جاز أيضاً ، ولا يجزئه عن العمرة فى هذه المواضع لاحتمال أن يكون مفرداً ، وإدخال العمرة على الحج غيرجائز ولادم عليه للشك فىوجود سببه .

(فصل) وإن أحرم بحجتين أو عمرتين انعقد باحداهما ولغت الأخرى ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة ينعقد بهما وعليه قضاء إحداهما : لأنه أحرم بها ولم يتمها .

ولنا : أنهما عبادتان لا يلزمه المضى فيهما فلم يصح الإحرام بهما كالصلاتين ، وعلى هذا لو أفسد حجه أو عمرته لم يلزمه إلا قضاؤها ؟ وعند أبى حنيفة يلزمه قضاؤهما معا بناء على صحة احرامه بهما .

« مسألة » قال (فإذا استوى على راحلته لبى) .

التلبية فى الإحرام مسنونة : لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها وأمر برفع

الصوت بها ، وأقل أحوال ذلك الاستحباب ، وسئل النبي صلى الله عليه وسلم أى الحج أفضل ؟ قال « العج والثج » وهـذا حديث غريب ومعنى العج رفع الصوت بالتلبية ، والثج اسالة الدماء بالذبح والنحر ، وروى سهل بن سعد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من مسلم يلبي إلا لبى ما عن يمينه من حجر أو شجر أو مدر حتى تنقطع الأرض من ههنا وههنا » رواه ابن ماجه وليست واجبة وبهذا قال الحسن بن حي والشافعي، وعن أصحاب مالك أنها واجبة يجب بتركها دم وعن الثوري وأبي حنيفة أنها من شرط الاحرام لا يصح الا بها كالتكبير للصلاة لأن ابن عباس قال فى قوله تعالى (فمن فرض فيهن الحج) قال ابن عباس : الإهلال . وعن عطاء وطاوس وعكرمة هو التلبية ، ولأن النسك عبادة ذات احرام واحلال فكان فيها ذكر واجب كالصلاة .

ولنا : أنها ذكر فلم تجب فى الحج كسائر الأذكار ، وفارق الصلاة فان النطق يجب فى آخرها فوجب فى أولها والحج بخلافه ، ويستحب البداية بها اذا استوى على راحلته لما روى أنس وابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ركب راحلته واستوت به أهل » رواهما البخاري ، وقال ابن عباس أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الإحرام حين فرغ من صلاته فلما ركب راحلته واستوت به قائما أهل يعني لبى ومعنى الاهلال رفع الصوت بالتلبية من قولهم استهل الصبى إذا صاح . والأصل فيه : أنهم كانوا اذا رؤى الهلال صاحوا : فيقال : استهل الهلال . ثم قيل لكل صائح مستهل ، وانما يرفع الصوت بالتلبية .

(فصل) ويرفع صوته بالتلبية . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أتاني جبريل فأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال والتلبية » رواه النسائي ، وأبو داود والترمذي . وقال حديث حسن صحيح ، قال أنس سمعتهم يصرخون بهما صراخا ، وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم من التلبية . وقال سالم : كان ابن عمر يرفع صوته بالتلبية فلا يأتي الروحاء حتى يصحل صوته ، ولا يجهد نفسه فى رفع الصوت زيادة على الطاقة لئلا ينقطع صوته وتلبيته .

« مسألة » قال (فيقول لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك) .

هذه تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء فى الصحيحين عن ابن عمر أن تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك » رواه البخارى عن عائشة ، ومسلم عن جابر ، والتلبية مأخوذة من لب بالمكان إذا لزمه فكأنه قال : أنا مقيم على طاعتك وأمرك غير خارج عن ذلك ، ولاشارد عليك ، هذا أو ماأشبهه . وثنوها وكرروها لأنهم أرادوا إقامة بعد إقامة كما قالوا حنانيك أى رحمة بعد رحمة ، أو رحمة مع رحمة أو ما أشبهه . وقال جماعة من أهل العلم معنى التلبية إجابة نداء إبراهيم عليه السلام حين نادى بالحج . وروى عن ابن عباس قال : لما فرغ إبراهيم عليه السلام من بناء البيت قيل له أذن فى الناس بالحج فقال : رب وما يبلغ صوتى قال أذن وعلى البلاغ فنادى إبراهيم : أيها الناس كتب عليكم الحج قال فسمعه ما بين السماء والأرض ، أفلا ترى الناس يجيئون من أقطار الأرض يلبون ويقولون : لبيك إن الحمد (بكسر الألف) نص عليه أحمد والفتح جائز إلا أن الكسر أجود قال ثعلب : من قال أن بفتحها فقد خص ومن قال بكسر الألف فقد عم يعنى أن من كسر جعل الحمد لله على كل حال ، ومن فتح فمعناه لبيك . لأن الحمد لك أى لهذا السبب .

(فصل) ولا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تكره ونحو ذلك قال الشافعى وابن المنذر وذلك لقول جابر : فأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوحيد « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك إن الحمد والنعمة لك والملك ، لاشريك لك » وأهل الناس بهذا الذى يهلون ، ولزم رسول الله صلى الله عليه وسلم تلبيته ، وكان ابن عمر يلبى بتلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ويزيد مع هذا لبيك لبيك ، لبيك وسعديك والخير بيديك . والرغباء إليك والعمل ، متفق عليه وزاد عمر : لبيك ذا النعماء والفضل لبيك لبيك مرهوباً ومرغوباً إليك لبيك . هذا معناه رواه الأثرم ويروى أن أنساً كان يزيد لبيك حقاً حقاً ، تعبداً ورقاً

وهذا يدل على أنه لا بأس بالزيادة ولا تستحب . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لزم تلبيته فكررها ولم يزد عليها . وقد روى أن سعداً سمع بعض بنى أخيه وهو يلبي : ياذا المعارج . فقال : إنه لذو المعارج وما هكذا كنا نلبي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(فصل) ويستحب ذكر ما أحرم به فى تلبيته . قال أحمد : إن شئت لبيت بالحج ، وإن شئت لبيت بالحج والعمرة . وإن شئت بعمرة . وإن لبيت بحج وعمرة بدأت بالعمرة فقلت : لبيك بعمرة وحجة . وقال أبو الخطاب : لا يستحب ذلك ، وهو اختيار ابن عمر . وقول الشافعى . لأن جابراً قال « ما سمى النبى صلى الله عليه وسلم فى تلبيته حجاً ولا عمرة » وسمع ابن عمر رجلا يقول « لبيك بعمرة ، فضرب صدره وقال : تعلمه ما فى نفسك » .

ولنا : ما روى أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لبيك عمرة وحجاً » وقال جابر « قدمنا مع النبى صلى الله عليه وسلم ونحن نقول : لبيك بالحج » وقال ابن عباس « قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، وهم يلبون بالحج » وقال ابن عمر « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهل بالعمرة ، ثم أهل بالحج » متفق على هذه الأحاديث . وقال أنس « سمعتهم يصرخون بهما صراخاً » رواه البخارى ، وقال أبو سعيد « خرجنا مع النبى صلى الله عليه وسلم نصرخ بالحج خللنا . فلما كان يوم التروية لبينا بالحج وانطلقنا إلى منى » وهذه الأحاديث أصح وأكثر من حديثهم . وقول ابن عمر يخالفه قول أبيه ، فإن النسائى روى باسناده عن الضبى بن معبد « أنه أول ما حج لبى بالحج والعمرة جميعاً . ثم ذكر ذلك لعمر فقال : هديت لسنة نبيك » وإن لم يذكر ذلك فى تلبيته فلا بأس . فإن النية محلها القلب . والله عالم بها .

(فصل) وإن حج عن غيره كفاه مجرد النية عنه . قال أحمد : لا بأس بالحج عن الرجل ولا يسميه : وإن ذكره فى التلبية فحسن . قال أحمد : إذا حج عن رجل يقول أول ما يلبى : عن فلان ، ثم لا يبالى أن لا يقول بعد . وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم للذى سمعه يلبى عن شبرمة « لب عن نفسك ثم لب عن شبرمة »

ومتى أتى بهما جميعاً بدأ بذكر العمرة . نص عليه أحمد فى مواضع . وذلك لقول أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لبيك بعمرة وحج » .

« مسألة » قال (ثم لا يزال يلبي إذا علا نشزاً ، أو هبط وادياً ، وإذا التقت الرفاق ، وإذا غطى رأسه ناسياً ، وفى دبر الصلوات المكتوبة) .

يستحب استدامة التلبية والإكثار منها على كل حال . لما روى ابن ماجه عن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من مسلم يضحى لله يلبى حتى تغيب الشمس إلا غابت بذنوبه فعاد كما ولدته أمه » وهى أشد استحباباً فى المواضع التى سمى الخرقى . لما روى جابر قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبى فى حجته إذا لقى راكباً أو علا أكمة ، أو هبط وادياً ، وفى أدبار الصلوات المكتوبة ، ومن آخر الليل » وقال إبراهيم النخعى « كانوا يستحبون التلبية دبر الصلاة المكتوبة ، وإذا هبط وادياً ، وإذا علا نشزاً ، وإذا لقى راكباً وإذا استوت به راحلته » وبهذا قال الشافعى ، وقد كان قبل يقول مثل قول مالك : لا يلبى عند اصطدام الرفاق ، وقول النخعى يدل على أن السلف رحمهم الله كانوا يستحبون ذلك . والحديث يدل عليه أيضاً .

(فصل) ويجزىء من التلبية فى دبر الصلاة مرة واحدة . قال الأثرم قلت لأبى عبد الله : ما شىء يفعله العامة ، يلبون فى دبر الصلاة ثلاث مرات ؟ فتبسم ، وقال : ما أدرى من أين جاءوا به ؟ قلت : أليس يجزئه مرة واحدة ؟ قال . بلى ، وهذا ، لأن المروى التلبية مطلقاً من غير تقييد . وذلك يحصل بمرة واحدة . وهكذا التكبير فى أدبار الصلوات فى أيام الأضحى وأيام التشريق . ولا بأس بالزيادة على مرة . لأن ذلك زيادة ذكر وخير . وتكراره ثلاثا حسن . فإن الله وتر يحب الوتر

(فصل) ولا يستحب رفع الصوت بالتلبية فى الأمصار ولا فى مساجدها إلا فى مكة والمسجد الحرام . لما روى عن ابن عباس « أنه سمع رجلا يلبى بالمدينة فقال إن هذا لمجنون . إنما التلبية إذا برزت » وهذا قول مالك وقال الشافعى : يلبى فى المساجد كلها ويرفع صوته أخذاً من عموم الحديث .

ولنا : قول ابن عباس ، ولأن المساجد إنما بنيت للصلاة . وجاءت الكراهة لرفع الصوت فيها عاما إلا الإمام خاصة . فوجب إبقاؤها على عمومها . فأما مكة فتستحب التلبية فيها . لأنها محل النسك . وكذلك المسجد الحرام وسائر مساجد الحرم كمسجد منى وفى عرفات أيضاً .

(فصل) ولا يلبى بغير العربية إلا أن يعجز عنها لأنه ذكر مشروع فلا يشرع بغير العربية كالأذان والأذكار المشروعة فى الصلاة .

(فصل) ولا بأس بالتلبية فى طواف القدوم . وبه يقول ابن عباس وعطاء ابن السائب وربيعة بن عبد الرحمن وابن أبى ليلى وداود والشافعى . وروى عن سالم بن عبد الله أنه قال : لا يلبى حول البيت . وقال ابن عيينة : ما رأينا أحداً يقتدى به يلبى حول البيت إلا عطاء بن السائب . وذكر أبو الخطاب : أنه لا يلبى وهو قول الشافعى . لأنه مشتغل بذكر يخصه فكان أولى .

ولنا : أنه زمن التلبية فلم يكره له كما لو لم يكن حول البيت . ويمكن الجمع بين التلبية والذكر المشروع فى الطواف ، ويكره له رفع الصوت بالتلبية لئلا يشغل الطائفين عن طوافهم وأذكارهم . وإذا فرغ من التلبية صلى على النبى صلى الله عليه وسلم ودعا بما أحب من خير الدنيا والآخرة . لما روى الدارقطنى بإسناده عن خزيمة بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان إذا فرغ من تلبيته سأل الله مغفرته ورضوانه ، واستعاذه برحمته من النار » وقال القاسم بن محمد : يستحب للرجل إذا فرغ من تلبيته أن يصلى على محمد صلى الله عليه وسلم . وجاء فى التفسير فى تأويل قوله تعالى (٩٤ : ٤ ورفعنا لك ذكرك) لا أذكر إلا ذكرت معى(١) ولأن اكثر المواضع التى شرع فيها ذكر الله تعالى شرع فيها ذكر نبيه عليه السلام كالأذان والصلاة .

---

(١) هذا الحصر لايصح رواية ولا دراية بل ولا الأكثرية التى ادعاها المصنف والأذكار الخاصة بالله تعالى هى الأكثر ، والمسألة مسألة توقيف والقياس فيها ضعيف .

(فصل) ولا بأس أن يلبى الحلال . وبه قال الحسن والنخعى وعطاء بن السائب والشافعى وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى . وكرهه مالك .

ولنا : أنه ذكر يستحب للمحرم . فلم يكره لغيره ، كسائر الأذكار .

« مسألة » قال (والمرأة يستحب لها أن تغتسل عند الإحرام ، وإن كانت حائضاً أو نفساء . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر أسماء بنت عميس وهى نفساء أن تغتسل) .

وجملة ذلك : أن الإغتسال مشروع للنساء عند الإحرام كما يشرع للرجال . لأنه نسك . وهو فى حق الحائض والنفساء آكد . لورود الخبر فيهما . قال جابر « حتى أتينا ذا الحليفة . فولدت أسماء بنت عميس محمد بن أبى بكر : فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف أصنع ؟ قال : اغتسلى واستثفرى بثوب وأحرمى » رواه مسلم وعن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « النفساء والحائض إذا أتيا على الوقت يغتسلان ويحرمان ويقضيان المناسك كلها غير الطواف بالبيت» رواه أبو داود . « وأمر النبى صلى الله عليه وسلم عائشة أن تغتسل لإهلال الحج وهى حائض » وإن رجت الحائض الطهر قبل الخروج من الميقات أو النفساء استحب لها تأخير الاغتسال حتى تطهر . ليكون أكمل لها . فإن خشيت الرحيل قبله اغتسلت وأحرمت .

« مسألة » قال (ومن أحرم وعليه قميص خلعه ولم يشقه) .

هذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن الشعبى والنخعى وأبى قلابة وأبى صالح ذكوان : أنه يشق ثيابه لئلا يتغطى رأسه حين ينزع القميص منه .

ولنا : ما روى يعلى بن أمية « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله كيف ترى فى رجل أحرم بعمرة فى جبة بعد ما تضمخ بطيب ؟ فنظر إليه النبى صلى الله عليه وسلم ساعة ثم سكت ، فجاءه الوحى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : أما الطيب الذى بك فاغسله ، وأما الجبة فانزعها ثم اصنع فى عمرتك ما تصنع فى حجك » متفق عليه . وهذا لفظ مسلم . قال عطاء : كنا قبل أن نسمع

هذا الحديث نقول فيمن أحرم وعليه قميص أو جبة فليخرقها عنه . فلما بلغنا هذا الحديث أخذنا به وتركنا ما كنا نفتى به قبل ذلك ، ولأن فى شق الثوب إضاعة ماليته وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال .

(فصل) وإذا نزع فى الحال فلا فدية عليه : لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر الرجل بفدية ، وإن استدام اللبس بعد إمكان نزعه فعليه الفدية . لأن استدامة اللبس محرم كابتدائه بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بنزع جبته وإنما لم يأمره بفدية لما مضى فيما نرى . لأنه كان جاهلا بالتحريم ، فجرى مجرى الناسى .

« مسألة » قال (وأشهر الحج : شوال ، وذو القعدة ، وعشر من ذى الحجة) .

هذا قول ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وعطاء ومجاهد والحسن والشعبى والنخعى وقتادة والثورى وأصحاب الرأى ، وروى عن عمر وابنه وابن عباس « أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة » وهو قول مالك . لأن أقل الجمع ثلاثة وقال الشافعى : آخر أشهر الحج ليلة النحر . وليس يوم النحر منها لقوله تعالى (فمن فرض فيهن الحج) ولا يمكن فرضه بعد ليلة النحر .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « يوم الحج الأكبر يوم النحر » رواه أبو داود ، فكيف يجوز أن يكون يوم الحج الأكبر ليس من أشهره ؟ وأيضاً فإنه قول من سمينا من الصحابة ، ولأن يوم النحر فيه ركن الحج وهو طواف الزيارة . وفيه كثير من أفعال الحج ، منها رمى جمرة العقبة والنحر والحلق والطواف والسعى والرجوع إلى منى . وما بعده ليس من أشهره . لأنه ليس بوقت لإحرامه ولا لأركانه ، فهو كالمحرم ولا يمتنع التعبير بلفظ الجمع عن شيئين وبعض الثالث ، فقد قال بعض أهل العربية : عشرون جمع عشر وإنما هى عشران وبعض الثالث ، وقال الله تعالى (٢ : ٢٢٨ يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقرء الطهر عنده ولو طلقها فى طهر احتسبت ببقيته ، وتقول العرب : ثلاث خلون من ذى الحجة وهم فى الثالثة ، وقوله (فرض فيهن الحج) أى فى أكثرهن . والله أعلم .

باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له

« مسألة » قال أبو القاسم (و يتوقى فى إحرامه ما نهاه الله عنه : من الرفث ، وهو الجماع ، والفسوق ، وهو السباب . والجدال وهو المراء)

يعنى بقوله « ما نهاه الله عنه » قوله سبحانه (٢ : ١٩٧ الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) وهذا صيغته صيغة النفى أريد به النهى . كقوله سبحانه (٢ : ٢٣٣ لا تضار والدة بولدها) والرفث هو الجماع وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعطاء بن أبى رباح وعطاء بن يسار ومجاهد والحسن والنخعى والزهرى وقتادة ، وروى عن ابن عباس أنه قال « الرفث غشيان النساء والتقبيل والغمز . وأن يعرض لها بالفحش من الكلام » وقال أبو عبيدة : الرفث لغا الكلام . وأنشد قول العجاج :

* عن اللغا ورفث التكلم *

وقيل : الرفث هو ما يكنى عنه من ذكر الجماع ، وروى عن ابن عباس « أنه أنشد بيتاً فيه التصريح بما يكنى عنه من الجماع وهو محرم (١) فقيل له فى ذلك ، فقال : إنما الرفث ما روجع به النساء » وفى لفظ ماقيل من ذلك عند النساء ، وكل ما فسر به الرفث ينبغى للمحرم أن يجتنبه إلا أنه فى الجماع أظهر لما ذكرنا من تفسير الأئمة له بذلك ، ولأنه قد جاء فى الكتاب فى موضع آخر وأريد به الجماع قال الله تعالى (٢ : ١٨٧ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم) فأما الفسوق فهو السباب لقول النبى صلى الله عليه وسلم « سباب المسلم فسوق » متفق عليه ، وقيل : الفسوق : المعاصى روى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وعطاء وإبراهيم

---

(١) البيت هو :

وهن يمشين بنا هميسا إن تصدق الطير ننك لميسا

وكانت جاريته اسمها لميس .

وقالوا أيضاً : الجدال : المراء ، وقال ابن عباس « هو أن تمارى صاحبك حتى تغضبه » والمحرم ممنوع من ذلك كله : قال النبى صلى الله عليه وسلم « من حج فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » متفق عليه ، وقال مجاهد فى قوله تعالى (ولا جدال فى الحج) أى لا مجادلة ، ولا شك فى الحج أنه فى ذى الحجة وقول الجمهور أولى .

« مسألة » قال (ويستحب له قلة الكلام إلا فيما ينفع ، وقد روى عن شريح أنه كان إذا أحرم كأنه حية صماء)

وجملة ذلك : أن قلة الكلام فيما لا ينفع مستحبة فى كل حال صيانة لنفسه عن اللغو والوقوع فى الكذب ومالا يحل ، فإن من كثر كلامه كثر سقطه . وفى الحديث عن أبى هريره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح متفق عليه . وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حسن إسلام المرء تركه مالا يعنيه » رواه ابن عيينة عن الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة ، وروى فى المسند عن الحسين بن على عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو داود : أصول السنن أربعة أحاديث . هذا أحدها ، وهذا فى حال الإحرام أشد استحبابا . لأنه حال عبادة واستشعار بطاعة الله عز وجل . فيشبه الاعتكاف وقد احتج أحمد على ذلك بأن شريحا رحمه الله « كان إذا أحرم كأنه حية صماء » . فيستحب للمحرم أن يشتغل بالتلبية وذكر الله تعالى أو قراءة القرآن ، أو أمر بمعروف ، أو نهى عن منكر ، أو تعليم لجاهل ، أو يأمر بحاجته أو يسكت ، وإن تكلم بما لا مأثم فيه . أو أنشد شعراً لا يقبح فهو مباح ولا يكثر . فقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان على ناقة له وهو محرم ، فجعل يقول :

كأن راكبها غصن بمروحة إذا تدلت به أو شارب ثمل

« الله أكبر الله أكبر » وهذا يدل على الإباحة . والفضيلة الأول

« مسألة » قال (ولا يتفلى المحرم ولا يقتـــل القمل . ويحك رأسه وجسده حكا رفيقا) .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى إباحة قتل القمل فعنه إباحته . لأنه من أكثر الهوام أذى . فأبيح قتـله كالبراغيث وسائر ما يؤذى . وقول النبى صلى الله عليه وسلم « خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم » يدل بمعناه على إباحة قتـل كل ما يؤذى بنى آدم فى أنفسهم وأموالهم ، وعنه أن قتله محرم . وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه يترفه بإزالته عنه . فحرم كقطع الشعر ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « رأى كعب بن عجرة والقمل يتناثر على وجهه فقال له : احلق رأسك » فلو كان قتل القمل أو إزالته مباحاً لم يكن كعب ليتركه حتى يصير كذلك ، أو لكان النبى صلى الله عليه وسلم أمره بإزالته خاصة . والصئبان كالقمل فى ذلك ، ولا فرق بين قتـل القمل أو إزالته بإلقائه على الأرض أو قتله بالزئبق ، فإن قتله لم يحرم لحرمته . لكن لما فيه من الترفه . فعم المنع إزالته كيفما كانت . ولا يتفلى . فإن التفلى عبارة عن إزالة القمل وهو ممنوع منه . ويجوز له حك رأسه ويرفق فى الحك كيلا يقطع شعراً أو يقتل قملة . فإن حك فرأى فى يده شعراً أحببنا أن يفديه احتياطاً ولا يجب عليه حتى يستيقن أنه قلعه ، قال بعض أصحابنا : إنمـا اختلفت الرواية فى القمل الذى فى شعره ، فأما ما ألقاه من ظاهر بدنه فلا فدية فيه .

(فصل) فإن خالف وتفلى أو قتـل قملا . فلا فدية فيه . فإن كعب بن عجرة حين حلق رأسه قد أذهب قملا كثيراً . ولم يجب عليه لذلك شىء . وإنما وجبت الفدية بحلق الشعر ، ولأن القمل لا قيمة له . أشبه البعوض والبراغيث ، ولأنه ليس بصيد ولا هو مأكول ، وحكى عن ابن عمر قال : هى أهون مقتول ، وسئل ابن عباس عن محرم ألقى قملة ثم طلبها فلم يجدها . فقال : تلك ضالة لا تبتغى . وهذا قول طاوس وسعيد بن جبير وعطاء وأبى ثور وابن المنذر ، وعن أحمد فيمن قتل قملة قال : يطعم شيئاً ، فعلى هذا أى شىء تصدق به أجزأه ، سواء قتل كثيراً أو قليلا . وهذا قول أصحاب الرأى ، وقال إسحاق : تمرة فما فوقها ، وقال مالك : حفنة من طعام . وروى ذلك عن ابن عمر ، وقال عطاء : قبضة من طعام . وهذه

الأقوال كلها ترجع إلى ما قلناه . فإنهم لم يريدوا بذلك التقدير . وإنما هو على التقريب لأقل ما يتصدق به .

(فصل) ولا بأس أن يغسل المحرم رأسه وبدنه برفق ، فعل ذلك عمر وابنه ، ورخص فيه على وجابر وسعيد بن جبير والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وكره مالك للمحرم أن يغطس فى الماء ويغيب فيه رأسه ، ولعله ذهب إلى أن ذلك ستر له والصحيح أنه لابأس بذلك . وليس ذلك بستر ولهذا لايقوم مقام السترة فى الصلاة وقد روى عن ابن عباس قال « ربما قال لى عمر ونحن محرمون بالجحفة تعالى أباقيك أينا أطول نفساً فى الماء » وقال « ربما قايست عمر بن الخطاب بالجحفة ونحن محرمون » رواهما سعيد ، ولأنه ليس بستر معتاد أشبه صب الماء عليه أو وضع يديه عليه ، وقد روى عبد الله بن جبير قال « أرسلنى ابن عباس إلى أبى أيوب الأنصارى ، فأتيته وهو يغتسل . فسلمت عليه فقال : من هذا ؟ فقلت : أنا عبد الله ابن جبير ، أرسلنى إليك عبد الله بن عباس يسألك : كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم ؟ فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطأطأه حتى بدا لى رأسه . ثم قال لإنسان يصب عليه الماء : صب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيديه . فأقبل بهما وأدبر ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل » متفق عليه ، وأجمع أهل العلم على أن المحرم يغتسل من الجنابة .

(فصل) ويكره له غسل رأسه بالسدر والخطمى ونحوهما . لما فيه من إزالة الشعث والتعرض لقلع الشعر . وكرهه جابر بن عبد الله ومالك ، والشافعى وأصحاب الرأى . فإن فعل فلا فدية عليه ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد عليه الفدية ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال صاحباه : عليه صدقة . لأن الخطمى تستلذ رائحته وتزيل الشعث وتقتل الهوام . فوجبت به الفدية كالورس .

ولنا . أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم الذى وقصه بعيره « أغسلوه بماء وسدر وكفنوه فى ثوبيه ولا تحنطوه ولا تخمروا رأسه . فإنه يبعث يوم القيامة

ملبياً » متفق عليه . فأمر بغسله بالسدر مع إثبات حكم الإحرام فى حقه . والخطمى كالسدر . ولأنه ليس بطيب . فلم تجب الفدية باستعماله كالتراب . وقولهم تستلذ رائحته ممنوع . ثم يبطل بالفاكهة وبعض التراب ، وإزالة الشعث تحصل بذلك أيضاً وقتل الهوام لا يعلم حصوله ، ولا يصح قياسه على الورس . لأنه طيب . ولذلك لو استعمله فى غير الغسل أو فى ثوب منع منه ، بخلاف مسألتنا .

« مسألة » قال (ولا يلبس القمص ولا السراويل ولا البرنس) .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من لبس القمص والعمائم والسراويلات والخفاف والبرانس .

والأصل فى هذا : ما روى ابن عمر « أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما يلبس المحرم من الثياب ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يلبس القمص ولا العمائم ، ولا السراويلات ، ولا البرانس ، ولا الخفاف إلا أحداً لا يجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين . ولا يلبس من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس » متفق عليه : نص النبى صلى الله عليه وسلم على هذه الأشياء وألحق بها أهل العلم ما فى معناها مثل الجبة والدراعة والثياب وأشباه ذلك . فليس للمحرم ستر بدنه بما عمل على قدره ، ولا ستر عضو من أعضائه بما عمل على قدره كالقميص للبدن والسراويل لبعض البدن والقفازين لليدين والخفين للرجلين ونحو ذلك . وليس فى هذا كله اختلاف . قال ابن عبد البر : لا يجوز لباس شىء من المخيط عند جميع أهل العلم وأجمعوا على أن المراد بهذا الذكور دون النساء .

« مسألة » قال (قال فإن لم يجد إزارا لبس السراويل ، وإن لم يجد نعلين لبس الخفين ولا يقطعهما ولا فداء عليه) .

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن للمحرم أن يلبس السراويل إذا لم يجد الإزار والخفين إذا لم يجد نعلين . وبهذا قال عطاء وعكرمة والثورى ، ومالك والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى وغيرهم والأصل فيه ما روى ابن عباس قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يخطب بعرفات يقول « من لم يجد نعلين فليلبس

الخفين ومن لم يجد إزاراً فليلبس سراويل للمحرم » متفق عليه وروى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك أخرجه مسلم ولا فدية عليه فى لبسهما عند ذلك فى قول من سمينا إلا مالكا وأبا حنيفة قال : على من لبس السراويل الفدية لحديث ابن عمر الذى قدمناه ولأن ما وجبت الفدية بلبسه مع وجود الإزار وجبت مع عدمه كالقميص .

ولنا : خبر ابن عباس وهو صريح فى الإباحة ظاهر فى إسقاط الفدية لأنه أمر بلبسه ولم يذكر فدية ولأنه يختص لبسه بحالة عدم غيره فلم تجب به فدية كالخفين المقطوعين وحديث ابن عمر مخصوص بحديث ابن عباس وجابر . فأما القميص فيمكنه أن يتزر به من غير لبس ويستتر بخلاف السراويل .

(فصل) وإذا لبس الخفين لعدم النعلين لم يلزمه قطعهما فى المشهور عن أحمد ويروى ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه وبه قال عطاء وعكرمة وسعيد ابن سالم القداح ، وعن أحمد أنه يقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين فإن لبسهما من غير قطع افتدى وهذا قول عروة بن الزبير ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأى لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « فمن لم يجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين » متفق عليه وهو متضمن لزيادة على حديث ابن عباس وجابر ، والزيادة من الثقة مقبولة قال الخطابى : العجب من أحمد فى هذا فإنه لا يكاد يخالف سنة تبلغه وقلت سنة لم تبلغه ، واحتج أحمد بحديث ابن عباس وجابر « من لم يجد نعلين فليلبس خفين» مع قول على رضى الله عنه قطع الخفين فساد ، يلبسهما كما هما مع موافقة القياس فإنه ملبوس أبيح لعدم غيره فأشبه السراويل وقطعه لا يخرجه عن حالة الحظر فإن لبس المقطوع محرم مع القدرة على النعلين كلبس الصحيح وفيه إتلاف ماله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته ، فأما حديث ابن عمر فقد قيل إن قوله وليقطعهما من كلام نافع كذلك رويناه فى أمالى أبى القاسم بن بشران بإسناد صحيح أن نافعا قال بعد روايته للحديث : وليقطع الخفين أسفل من الكعبين . وروى ابن أبى موسى عن صفية بنت أبى عبيد عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خص للمحرم أن يلبس الخفين ولا يقطعهما ، وكان ابن عمر

يفتي بقطعهما قالت صفية فلما أخبرته بهذا رجع ، وروى أبو حفص في شرحه باسناده عن عبد الرحمن بن عوف أنه طاف وعليه خفان فقال له عمر والخفان مع القباء فقال قد لبستهما مع من هو خير منك يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون الأمر بقطعهما منسوخا فان عمرو بن دينار روى الحديثين جميعا وقال أنظروا أيهما كان قبل . قال الدارقطني قال أبو بكر النيسابوري حديث ابن عمر قبل : لأنه قد جاء في بعض رواياته قال نادى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد يعني بالمدينة فكأنه كان قبل الإحرام وفي حديث ابن عباس يقول . سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بعرفات يقول « من لم يجد نعلين فليلبس خفين » فيدل على تأخره عن حديث ابن عمر فيكون ناسخا له لأنه لو كان القطع واجبا لبينه للناس إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه والمفهوم من إطلاق لبسهما لبسهما على حالها من غير قطع والأولى قطعهما عملا بالحديث الصحيح وخروجا من الخلاف وأخذاً بالاحتياط .

(فصل) فان لبس المقطوع مع وجود النعل فعليه الفدية وليس له لبسه نص عليه أحمد وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة لا فدية عليه لأنه لو كان لبسه محرما وفيه فدية لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعهما لعدم الفائدة فيه وعن الشافعي كالمذهبين .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط في إباحة لبسهما عدم النعلين فدل على أنه لا يجوز مع وجودهما ولأنه مخيط لعضو على قدره فوجبت على المحرم الفدية بلبسه كالقفازين .

(فصل) فأما اللالكة والجمجم ونحوهما فقياس قول أحمد أنه لا يلبس ذلك فانه قال لا يلبس النعل التي لها قيد وهذا أشد من النعل التي لها قيد وقد قال في رأس الخف الصغير لا نلبسه . وذلك لأنه يستر القدم وقد عمل لها على قدرها فأشبه الخف فان عدم النعلين كان له لبس ذلك ولا فدية عليه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أباح لبس الخف عند ذلك فما دون الخف أولى .

(فصل) فأما النعل فيباح لبسها كيفما كانت ولا يجب قطع شيء منها . لأن

إباحتها وردت مطلقا وروى عن أحمد فى القيد فى النعل يفتدى لأننا لا نعرف النعال هكذا وقال : إذا أحرمت فاقطع المحمل الذى على النعال والعقب الذى يجعل للنعل فقد كان عطاء يقول فيه دم وقال ابن أبى موسى فى الإرشاد فى القيد والعقب الفدية والقيد هو السير المعترض على الزمام . وقال القاضى إنما كرههما إذا كانا عريضين وهذا هو الصحيح . فانه إذا لم يجب قطع الخفين الساترين للقدمين والساقين فقطع سير النعل أولى أن لا يجب ، ولأن ذلك معتاد فى النعل فلم تجب إزالته كسائر سيورها . لأن قطع القيد والعقب ربما تعذر معه المشى فى النعلين لسقوطهما بزوال ذلك فلم يجب كقطع القبال .

(فصل) وإن وجد نعلا لم يمكنه لبسها فله لبس الخف ولا فدية عليه . لأن ما لا يمكن استعماله كالمعدوم كما لو كانت النعل لغيره أو صغيرة وكالماء فى التيمم والرقبة التى لا يمكنه عتقها . ولأن العجز عن لبسها قام مقام العدم فى إباحة لبس الخف فكذلك فى إسقاط الفدية والمنصوص أن عليه الفدية لقوله « من لم يجد نعلين فليلبس الخفين » وهذا واجد .

(فصل) وليس للمحرم أن يعقد عليه الرداء ولا غيره إلا الإزار والهميان وليس له أن يجعل لذلك زراً وعروة ولا يخلله بشوكة ولا إبرة ولا خيط . لأنه فى حكم المخيط ، روى الأثرم عن مسلم بن جندب عن ابن عمر قال : جاء رجل يسأله وأنا معه أخالف بين طرفى ثوبى من ورائى ثم أعقده وهو محرم . فقال ابن عمر : لا تعقد عليه شيئا ، وعن أبى معبد مولى ابن عباس أن ابن عباس قال له يا أبا معبد زر على طيلسانى وهو محرم فقال له كنت تكره هذا : قال « إنى أريد أن أفتدى ولا بأس أن يتشح بالقميص ويرتدى به ويرتدى برداء موصل ولا يعقده . لأن المنهى عنه المخيط على قدر العضو .

(فصل) ويجوز أن يعقد إزاره عليه . لأنه يحتاج إليه لستر العورة فيباح كاللباس للمرأة وإن شد وسطه بالمنديل أو بحبل أو سراويل جاز إذا لم يعقده . وقال أحمد فى محرم حزم عمامة على وسطه لا تعقدها ويدخل بعضها فى بعض . قال طاوس : رأيت ابن عمر يطوف بالبيت وعليه عمامة قد شدها على وسطه فأدخلها

هكذا ولا يجوز أن يشق أسفل إزاره نصفين ويعقد كل نصف على ساق . لأنه يشبه السراويل ولا يلبس الزان لأنه فى معناه ولأنه معمول على قدر العضو الملبوس فيه فأشبه الخف .

« مسألة » قال (ويلبس الهميان ويدخل السيور بعضها فى بعض ولا يعقدها)

وجملة ذلك : أن لبس الهميان مباح للمحرم فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد وطاوس والقاسم والنخعى والشافعى وإسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى ، قال ابن عبد البر : أجاز ذلك جماعة فقهاء الأمصار متقدموهم ومتأخروهم ومتى أمكنه أن يدخل السيور بعضها فى بعض ويثبت بذلك لم يعقده لأنه لا حاجة إلى عقده ، وإن لم يثبت إلا بعقده عقده نص عليه أحمد وهو قول إسحاق ، وقال إبراهيم : كانوا يرخصون فى عقد الهميان للمحرم ولا يرخصون فى عقد غيره وقالت عائشة أوثق عليك نفقتك ، وذكر القاضى فى الشرح أن ابن عباس قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للمحرم فى الهميان أن يربطه إذا كانت فيه نفقته ، وقال ابن عباس : أوثقوا عليكم نفقاتكم ورخص فى الخاتم والهميان للمحرم ، وقال مجاهد عن ابن عمر أنه سئل عن المحرم يشد الهميان عليه . فقال : لا بأس به إذا كانت فيه نفقته يستوثق من نفقته ولأنه مما تدعو الحاجة إلى شده فجاز كعقد الإزار فإن لم يكن فى الهميان نفقة لم يجز عقده لعـــدم الحاجة إليه وكذلك المنطقة ، وقد روى عن ابن عمر أنه كره الهميان والمنطقة للمحرم . وكرهه نافع مولاه وهو محمول على ماليس فيه نفقة لما تقدم من الرخصة فيما فيه النفقة وسئل أحمد عن المحرم يلبس المنطقة من وجع الظهر أو حاجة إليها . قال : يفتدى ، فقيل له أفلا تكون مثل الهميان ؟ قال : لا . وعن ابن عمر أنه كره المنطقة للمحرم وأنه أباح شد الهميان إذا كانت فيه النفقة والفرق بينهما أن الهميان تكون فيه النفقة والمنطقة لا نفقة فيها فأبيح شد ما فيه النفقة للحاجة إلى حفظها ولم يبح شد ما سوى ذلك فإن كانت فيهما نفقة أو لم يكن فيهما نفقة فهما سواء . وقد قالت عائشة فى المنطقة للمحرم أوثق عليك نفقتك فرخصت فيها إذا كانت فيها النفقة ، ولم يبح أحمد شد المنطقة لوجع الظهر إلا أن يفتدى .

لأن المنطقة ليست معدة لذلك ولأنه فعل المحظور فى الإحرام لدفع الضرر عن نفسه أشبه من لبس المخيط لدفع البرد أو حلق رأسه لإزالة أذى القمل أو تطيب لأجل المرض .

« مسألة » قال (وله أن يحتجم ولا يقطع شعراً)

أما الحجامة إذا لم يقطع شعراً فمباحة من غير فدية فى قول الجمهور لأنه تداو بإخراج دم فأشبه الفصد وبط الجرح . وقال مالك لا يحتجم إلا من ضرورة وكان الحسن يرى فى الحجامة دماً .

ولنا : أن ابن عباس روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم » متفق عليه . ولم يذكر فدية ولأنه لا يترفه بذلك فأشبه شرب الأدوية ، وكذلك الحكم فى قطع العضو عند الحاجة والختان ، كل ذلك مباح من غير فدية . فإن احتاج فى الحجامة إلى قطع شعر فله قطعه لما روى عبد الله بن بحينة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم بلحى جمل فى طريق مكة » وهو محرم وسط رأسه متفق عليه ، ومن ضرورة ذلك قطع الشعر ، ولأنه يباح حلق الشعر لإزالة أذى القمل . فكذلك ههنا وعليه الفدية : وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر ، وقال صاحبا أبى حنيفه : يتصدق بشىء .

ولنا : قوله تعالى (٢ · ١٩٦ فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية) الآية : ولأنه حلق شعر لإزالة ضرر غيره فلزمته الفدية كما لو حلقه لإزالة قمله ، فأما إن قطع عضواً عليه شعر أو جلدة عليها شعر فلا فدية عليه لأنه زال تبعاً لما لا فدية فيه .

« مسألة » قال (ويتقلد بالسيف عند الضرورة)

وجملة ذلك : أن المحرم إذا احتاج إلى تقلد السيف فله ذلك وبهذا قال مالك وأباح عطاء والشافعى وابن المنذر تقلده وكرهه الحسن والأول أولى . لما روى أبو داود بإسناده عن البراء قال لما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الحديبية صالحهم على أن لا يدخلوها إلا بجلبان السلاح (القراب بما فيه) وهذا

ظاهر فى إباحة حمله عند الحاجة ـ لأنهم لم يكونوا يأمنون أهل مكة أن ينقضوا العهد ويخفروا الذمة واشترطوا حمل السلاح فى قرابه . فأما من غير خوف ، فان أحمد قال : لا إلا من ضرورة . وإنما منع منه . لأن ابن عمر قال . لا يحمل المحرم السلاح فى الحرم والقياس إباحته لأن ذاك ليس هو فى معنى الملبوس المنصوص على تحريمه ولذلك لو حمل قربة فى عنقه لا يحرم عليه ذلك ولا فدية عليه فيه . وسئل أحمد عن المحرم يلقى جرابه فى رقبتـــه كهيئة القربة قال : أرجو أن لا يكون به بأس .

« مسألة » قال (وإن طرح على كتفيه القباء والدواج فلا يدخل يديه فى الكمين)

ظاهر هذا اللفظ إباحة لبس القباء ما لم يدخل يديه فى كميه وهو قول الحسن وعطاء وإبراهيم وبه قال أبو حنيفة . وقال القاضى وأبو الخطاب إذا أدخل كتفيه فى القباء فعليه الفدية وإن لم يدخل يديه فى كميه وهو مذهب مالك والشافعى لأنه مخيط لبسه المحرم على العادة فى لبسه فلزمته الفدية إذا كان عامداً كالقميص وروى ابن المنذر « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الأقبية » ، ووجه قول الخرقى ما تقدم من حديث عبد الرحمن بن عوف فى مسألة : إن لم يجد إزاراً لبس السراويل ، وإن لم يجد نعلين لبس الخفين . ولأن القباء لا يحيط بالبدن فلم تلزمه الفدية بوضعه على كتفيه إذا لم يدخل يديه فى كميه كالقميص يتشح به . وقياسهم منقوض بالرداء الموصل ، والخبر محمول على لبسه مع إدخال يديه فى كميه :

« مسألة » قال (ولا يظلل على رأسه فى المحمل فان فعل فعليه دم)

كره أحمد الاســـتظلال فى المحمل خاصة ، وماكان فى معناه كالهودج والعمارية والكنيسة ونحو ذلك على البعير وكره ذلك ابن عمر ومالك وعبد الرحمن بن مهدى وأهل المدينة وكان سفيان بن عيينة يقول : لا يستظل البتة : ورخص فيه ربيعة والثورى والشافعى وروى ذلك عن عثمان وعطاء لما روت أم الحصين قالت « حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجـــة الوداع فرأيت أسامة

وبلالا وأحدهما آخذ بخطام ناقة النبي صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة » رواه مسلم وغيره ، ولأنه يباح له التظلل فى البيت والخباء فجاز فى حال الركوب كالحلال ، ولأن ما حل للحلال حل للمحرم إلا ما قام على تحريمه دليل واحتج أحمد بقول ابن عمر روى عطاء قال رأى ابن عمر على رحل عمر بن عبد الله بن أبى ربيعة عوداً يستره من الشمس فنهاه ، وعن نافع عن ابن عمر أنه رأى رجلا محرماً على رحل قد رفع ثوباً على عود يستتر به من الشمس فقال : اضح لمن أحرمت له (أى ابرز للشمس) رواهما الأثرم ولأنه ستر بما يقصد به الترفه أشبه ما لو غطاه ، والحديث ذهب إليه أحمد فلم يكره أن يستتر بثوب ونحوه فإن ذلك لا يقصد للإستدامة ، والهودج بخلافه ، والخيمة والبيت يرادان لجمع الرحل وحفظه لا للترفه ، وظاهر كلام أحمد : أنه إنما كره ذلك كراهة تنزيه لوقوع الخلاف فيه وقول ابن عمر ، ولم ير ذلك حراماً ولا موجباً لفدية . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المحرم يستظل على المحمل ؟ قال لا وذكر حديث ابن عمر : اضح لمن أحرمت له ، قيل له فإن فعل يهريق دما ؟ قال أما الدم فلا ، قيل : فإن أهل المدينة يقولون عليه دم ، قال نعم أهل المدينة يغلظون فيه وقد روى ذلك عن أحمد وهو اختيار الخرقى لأنه ستر رأسه بما يستدام ويلازمه غالباً فأشبه ما لو ستره بشىء يلاقيه ، ويروى عن الرياشى قال : رأيت أحمد بن المعذل فى الموقف فى يوم حر شديد وقد ضحى للشمس فقلت له يا أبا الفضل : هذا أمر قد اختلف فيه فلو أخذت بالتوسعة فأنشأ يقول :

ضحيت له كى أستظل بظله ... إذا الظل أضحى فى القيامة قالصاً
فوا أسفا إن كان سعيك باطلا ... ويا حسرتا إن كان حجك ناقصاً

(فصل) ولا بأس أن يستظل بالسقف والحائط والشجرة والخباء ، وإن نزل تحت شجرة فلا بأس أن يطرح عليها ثوباً يستظل به عند جميع أهل العلم وقد صح به النقل ، فإن جابراً قال فى حديث حجة النبي صلى الله عليه وسلم وأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فأتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزل بها حتى إذا زاغت الشمس » رواه مسلم وابن ماجه وغيرهما ، ولا بأس أيضاً أن ينصب

حياله ثوباً يقيه الشمس والبرد ، إما أن يمسكه إنسان أو يرفعه على عود على نحو ماروى فى حديث أم الحصين أن بلالا أو أسامة كان رافعاً ثوباً يستر به النبى صلى الله عليه وسلم من الحر ، ولأن ذلك لا يقصد به الإستدامة فلم يكن به باس كالاستظلال بحائط .

« مسالة » قال (ولا يقتل الصيد ولا يصيده ولا يشير إليه ولا يدل عليه حلالا ولا حراماً) .

لا خلاف بين أهل العلم فى تحريم قتل الصيد واصطياده على المحرم وقد نص الله تعالى عليه فى كتابه فقال سبحانه (٥ : ٥٩ يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقال تعالى (٥ : ٩٥ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) وتحرم عليه الإشارة إلى الصيد والدلالة عليه فإن فى حديث أبى قتـــادة لما صاد الحمار الوحشى وأصحابه محرمون قال النبى صلى الله عليه وسلم لأصحابه « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ » وفى لفظ متفق عليه « فأبصروا حماراً وحشياً وأنا مشغول أخصف نعلى فلم يؤذنونى وأحبوا لو أنى أبصرته » وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الدلالة عليه وسؤال النبى صلى الله عليه وسلم لهم « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ » يدل على تعلق التحريم بذلك لو وجد منهم ، ولأنه تسبب إلى محرم عليه فحرم كنصبه الأحبولة .

(فصل) ولا تحل له الإعانة على الصيد بشىء ، فإن فى حديث أبى قتادة المتفق عليه : ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم ناولونى السوط والرمح . قالوا والله لا نعينك عليه ، وفى رواية فاستعنتهم فأبوا أن يعينونى . وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الإعانة والنبى صلى الله عليه وسلم أقرهم على ذلك ولأنه إعانة على محرم فحرم كالإعانة على قتل الآدمى .

(فصل) ويضمن الصيد بالدلالة فإذا دل المحرم حلالا على الصيد فأتلفه فالجزاء كله على المحرم . روى ذلك عن على وابن عباس وعطاء ومجاهد وبكر المزنى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وقال مالك والشافعى لا شىء على الدال . لأنه يضمن بالجناية فلا يضمن بالدلالة كالآدمى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لأصحاب أبي قتادة « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ » ولأنه سبب يتوصل به إلى إتلاف الصيد ، فتعلق به الضمان . كما لو نصب أحبولة ، ولأنه قول علي وابن عباس . ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة .

(فصل) فإن دل محرماً على الصيد فقتله فالجزاء بينهما ، وبه قال عطاء وحماد ابن أبي سليمان ، وقال الشعبي وسعيد بن جبير والحارث العكلي وأصحاب الرأي : على كل واحد جزاء . لأن كل واحد من الفعلين يستقل بجزاء كامل إذا كان منفرداً ، فكذلك إذا انضم إليه غيره ، وقال مالك والشافعي : لا ضمان على الدال.

ولنا : أن الواجب جزاء المتلف وهو واحد ، فيكون الجزاء واحداً ، وعلى قول مالك والشافعي ما سبق . ولا فرق في جميع ذلك بين كون المدلول ظاهراً أو خفياً لا يراه إلا بالدلالة عليه ، ولو دل محرم محرماً على صيد ثم دل الآخر آخر ثم كذلك إلى عشرة فقتله العاشر . كان الجزاء على جميعهم ، وإن قتله الأول لم يضمن غيره . لأنه لم يدله عليه أحد . فلا يشاركه في ضمانه أحد ، ولو كان المدلول رأى الصيد قبل الدلالة والإشارة فلا شيء على الدال والمشير . لأن ذلك لم يكن سبباً في تلفه ، ولأن هذه ليست دلالة على الحقيقة ، وكذلك إن وجد من المحرم حدث عند رؤية الصيد من ضحك أو استشراف إلى الصيد ففطن له غيره فصاده . فلا شيء على المحرم . بدليل ما جاء في حديث أبي قتادة قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى إذا كنا بالقاحة ، ومنا المحرم ومنا غير المحرم ، إذ بصرت بأصحابي يتراءون شيئاً . فنظرت فإذا حمار وحش — وفي لفظ : فبينا أنا مع أصحابي يضحك بعضهم إذ نظرت فإذا أنا بحمار وحش ، وفي لفظ : فلما كنا بالصفاح فإذا هم يتراءون — فقلت : أي شيء تنظرون ؟ فلم يخبروني » متفق عليه .

(فصل) فإن أعار قاتل الصيد سلاحاً فقتله به . فهو كما لو دله عليه ، سواء كان المستعار مما لا يتم قتله إلا به ، أو أعاره شيئاً هو مستغن عنه . مثل أن يعيره رمحاً ومعه رمح ، وكذلك لو أعانه عليه بمناولته سوطه أو رمحه ، أو أمره باصطياده،

لما ذكرنا من حديث أبي قتادة وقول أصحابه « والله لا نعينك عليه بشيء » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها » وكذلك إن أعاره سكيناً فذبحه بها . فإن أعاره آلة ليستعملها فى غير الصيد فاستعملها فى الصيد لم يضمن ، لأن ذلك غير محرم عليه ، فأشبه ما لو ضحك عند رؤية الصيد ففطن له إنسان فصاده .

(فصل) وإن دل الحلال محرماً على الصيد فقتله . فلا شيء على الحلال لأنه لا يضمن الصيد بالإتلاف فبالدلالة أولى ، إلا أن يكون ذلك فى الحرم فيشاركه فى الجزاء لأن صيد الحرم حرام على الحلال والحرام . نص عليه أحمد .

(فصل) وإن صاد المحرم صيداً لم يملكه ، فإن تلف فى يده فعليه جزاؤه ، وإن أمسكه حتى حل لزمه إرساله وليس له ذبحه ، فإن فعل أو تلف الصيد ضمنه وحرم أكله . لأنه صيد ضمنه بحرمة الإحرام فلم يبح أكله ، كما لو ذبحه حال إحرامه ، ولأنها ذكاة منع منها بسبب الإحرام . فأشبهت ما لو كان الإحرام باقياً ، واختار أبو الخطاب أن له أكله وعليه ضمانه . لأنه ذبحه وهو من أهل ذبح الصيد . فأشبه ما لو صاده بعد الحل . والفرق ظاهر . لأن هذا يلزمه ضمانه والذى صاده بعد الحل لا ضمان عليه فيه .

« مسألة » قال (ولا يأكله إذا صاده الحلال لأجله)

لا خلاف فى تحريم الصيد على المحرم إذا صاده أو ذبحه . وقد قال الله تعالى (٥ : ٩٦ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) وإن صاده حلال وذبحه . وكان من المحرم إعانة فيه ، أو دلالة عليه ، أو إشارة إليه لم يبح أيضاً . وإن صيد من أجله لم يبح له أيضاً أكله ، وروى ذلك عن عثمان بن عفان ، وهو قول مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : له أكله . لقول النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث أبي قتادة « هل منكم أحد أمره أو أشار إليه بشيء؟ قالوا : لا . قال : فكلوا ما بقى من لحمها » متفق عليه . فدل على أن التحريم إنما يتعلق بالإشارة والأمر والإعانة ، ولأنه صيد مذكى لم يحصل فيه ولا فى سببه صنع منه . فلم يحرم عليه أكله كما لو لم يصد له :

وحكى عن على وابن عمر وعائشة وابن عباس : أن لحم الصيد يحرم على المحرم بكل حال ، وبه قال طاوس وكرهه الثورى وإسحاق لعموم قوله (٥ : ٩٦ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) وروى عن ابن عباس عن الصعب بن جثامة الليثى « أنه أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً : وهو بالأبواء أو بودان فرده عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فى وجهه قال : انا لم نرده عليك إلا أنا حرم » متفق عليه ، وفى لفظ « أهدى الصعب ابن جثامة إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجل حمار » وفى رواية : « عجز حمار » وفى رواية « شق حمار » روى ذلك كله مسلم . وروى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن الحارث عن أبيه قال « كان الحارث خليفة عثمان على الطائف . فصنع له طعاماً ، وصنع فيه الحجل واليعاقيب ولحم الوحش . فبعث إلى على بن أبى طالب ، فجاءه . فقال : أطعموه قوماً حلالا . فإنا حرم . ثم قال على : أنشد الله من كان ههنا من أشجع . أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى إليه رجل حمار وحش فأبى أن يأكله ؟ قالوا : نعم » ولأنه لحم صيد فحرم على المحرم كما لو دل عليه .

ولنا : ما روى جابر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه أو يصد لكم » رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال : هو أحسن حديث فى الباب : وهذا صريح فى الحكم . وفيه جمع بين الأحاديث وبيان المختلف منها . فإن ترك النبي صلى الله عليه وسلم الأكل مما أهدى إليه يحتمل أن يكون لعلمه أنه صيد من أجله أو ظنه . ويتعين حمله على ذلك ، لما قدمت من حديث أبى قتادة وأمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه بأكل الحمار الذى صاده ، وعن طلحة « أنه أهدى له طير وهو راقد ، فأكل بعض أصحابه وهم محرمون . وتورع بعض ، فلما استيقظ طلحة وافق من أكله وقال : « أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم وفى الموطأ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يريد مكة وهو محرم ، حتى إذا كان بالروحاء إذا حمار وحشى عقير ، فجاء البهزى وهو صاحبه . فقال : يا رسول الله ، شأنكم بهذا الحمار . فأمر

رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه بين الرفاق » وهو حديث صحيح . وأحاديثهم إن لم يكن فيها ذكر أنه صيد من أجلهم فتعين ضم هذا القيد إليها لحديثنا ، وجمعا بين الأحاديث ، ودفعا للتناقض عنها ، ولأنه صيد للمحرم فحرم كما لو أمر أو أعان .

(فصل) وما حرم على المحرم لكونه صيد من أجله أو دل عليه أو أعان عليه لم يحرم على الحلال أكله . لقول على « أطعموه حلالا » ، وقد بينا حمله على أنه صيد من أجلهم ، وحديث الصعب بن جثامة حين رد النبي صلى الله عليه وسلم الصيد عليه ولم ينهه عن أكله . ولأنه صيد حلال ، فأبيح للحلال أكله كما لو صيد لهم . وهل يباح أكله لمحرم آخر ؟ ظاهر الحديث : إباحته له لقوله « صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه أو يصد لكم » ، وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه . لأنه روى « أنه أهدى إليه صيد وهو محرم ، فقال لأصحابه : كلوا ولم يأكل هو . وقال : إنما صيد من أجلى » ، ولأنه لم يصد من أجله . فحل له كما لو صاده الحلال لنفسه ، ويحتمل أن يحرم عليه . وهو ظاهر قول على رضى الله عنه . لقوله « أطعموه حلالا فإنا حرم » ولقول النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى قتادة « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا . لا . قال : فكلوه » فمفهومه أن إشارة واحد منهم تحرمه عليهم .

(فصل) إذا قتل المحرم الصيد ثم أكله ضمنه للقتل دون الأكل . وبه قال مالك والشافعى ، وقال عطاء وأبو حنيفة . يضمنه للأكل أيضا . لأنه أكل من صيد محرم عليه . فيضمنه كما لو أكل مما صيد لأجله .

ولنا . أنه صيد مضمون بالجزاء فلم يضمن ثانيا ، كما لو أتلفه بغير الأكل ، وكصيد الحرم إذا قتله الحلال وأكله . وكذلك إن قتله محرم آخر ثم أكل هذا منه لم يجب عليه الجزاء لما ذكرنا ، ولأن تحريمه لكونه ميتة ، والميتة لا تضمن بالجزاء ، وكذلك إن حرم عليه أكله للدلالة عليه والإعانة عليه فأكل منه لم يضمن . لأنه صيد مضمون بالجزاء مرة . فلا يجب به جزاء ثان كما لو أتلفه ، وإن أكل مما صيد لأجله ضمنه ، وهو قول مالك وقاله الشافعى فى القديم .

وقال فى الجديد : لا جزاء عليه : لأنه أكل للصيد ، فلم يجب به الجزاء كما لو قتله ثم أكله .

ولنا : أنه إتلاف ممنوع منه لحرمة الإحرام فتعلق به الضمان كالقتل . أما إذا قتله ثم أكله لا يحرم للاتلاف إنما حرم لكونه ميتة .

إذا ثبت هذا فإنه يضمنه بمثله من اللحم . لأن أصله مضمون بمثله من النعم ، فكذلك أبعاضه تضمن بمثلها ، بخلاف حيوان الآدمى . فإنه يضمن بقيمته فكذلك أبعاضه .

(فصل) وإذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة يحرم أكله على جميع الناس ، وهذا قول الحسن والقاسم وسالم ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وقال الحكم والثورى وأبو ثور : لا بأس بأكله . قال ابن المنذر : هو بمنزلة ذبيحة السارق . وقال عمرو بن دينار وأيوب السختيانى يأكله الحلال ، وحكى عن الشافعى قول قديم : أنه يحل لغيره الأكل منه . لأن من أباحت ذكاته غير الصيد أباحت الصيد كالحلال .

ولنا : أنه حيوان حرم عليه ذبحه لحق الله تعالى . فلم يحل بذبحه كالمجوسى ، وبهذا فارق سائر الحيوانات ، وفارق غير الصيد ، فإنه لا يحرم ذبحه . وكذلك الحكم فى صيد الحرم إذا ذبحه الحلال .

(فصل) وإذا اضطر المحرم فوجد صيداً وميتة أكل الميتة ، وبهذا قال الحسن والثورى ومالك وقال الشافعى وإسحاق وابن المنذر : يأكل الصيد . وهذه المسألة مبنية على أنه إذا ذبح الصيد كان ميتة فيساوى الميتة فى التحريم (١) ويمتاز بإيجاب الجزاء وما يتعلق به من هتك حرمة الإحرام . فلذلك كان أكل الميتة أولى إلا أن لا تطيب نفسه بأكلها فيأكل الصيد كما لو لم يجد غيره .

---

(١) فيه أن الميتة محرمة لذاتها والصيد محرم لسبب عارض ، وقوله : إن تذكية المحرم له تجعله كالميتة ليس نصاً من الشارع ، وإنما هى كلمة فقيه ، لا تصح إلا من باب التشبيه ، ثم إن أكل الميتة ضار فى الغالب ، والتعرض للضرر حرام فى نفسه .

« مسألة » قال (ولا يتطيب المحرم)

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من الطيب : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في المحرم الذي وقصته راحلته « لا تمسوه بطيب » رواه مسلم ، وفي لفظ « لا تحنطوه » متفق عليه : فلما منع الميت من الطيب لإحرامه فالحي أولى . ومتى تطيب فعليه الفدية . لأنه استعمل ما حرمه الإحرام . فوجبت عليه الفدية كاللباس . ومعنى الطيب : ما تطيب رائحته ويتخذ للشم كالمسك والعنبر والكافور والغالية والزعفران وماء الورد والأدهان المطيبة ، كدهن البنفسج ونحوه .

(فصل) والنبات الذي تستطاب رائحته على ثلاثة أضرب :

أحدها : مالا ينبت للطيب ولا يتخذ منه كنبات الصحراء من الشيح والقيصوم والخزامى والفواكه كلها من الأترج والتفاح والسفرجل وغيره ، وما ينبته الآدميون لغير قصد الطيب كالحناء والعصفر فمباح شمه ولا فدية فيه . ولا نعلم فيه خلافاً إلا ما روى عن ابن عمر ، أنه كان يكره للمحرم أن يشم شيئاً من نبات الأرض من الشيح والقيصوم وغيرهما » ولا نعلم أحداً أوجب في ذلك شيئاً . فإنه لا يقصد للطيب ولا يتخذ منه طيب . أشبه سائر نبات الأرض ، وقد روى « أن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يحرمن في المعصفرات »

الثاني : ما ينبته الآدميون للطيب ولا يتخذ منه طيب كالريحان الفارسي والمرزنجوش والنرجس والبرم ففيه وجهان : أحدهما : يباح بغير فدية ، قاله عثمان ابن عفان وابن عباس والحسن ومجاهد وإسحاق . والآخر : يحرم شمه ، فإن فعل فعليه الفدية ، وهو قول جابر وابن عمر والشافعي وأبي ثور . لأنه يتخذ للطيب . فأشبه الورد ، وكرهه مالك وأصحاب الرأي ولم يوجبوا فيه شيئاً . وكلام أحمد فيه محتمل لهذا . فإنه قال في الريحان : ليس من آلة المحرم ، ولم يذكر فديته . وذلك لأنه لا يتخذ منه طيب . فأشبه العصفر .

الثالث : ما ينبت للطيب ويتخذ منه طيب كالورد والبنفسج والياسمين والخيري(١) فهذا إذا استعمله وشمه ففيه الفدية . لأن الفدية تجب فيما يتخذ منه .

---

(١) هي الخزامى

فكذلك فى أصله ، وعن أحمد رواية أخرى فى الورد : لا فدية عليه فى شمه . لأنه زهر شمه على جهته . أشبه زهر سائر الشجر ، وذكر أبو الخطاب فى هذا والذى قبله روايتين . الأولى : تحريمه ، لأنه ينبت للطيب ويتخذ منه ، أشبه الزعفران والعنبر ، قال القاضى : يقال إن العنبر ثمر شجر وكذلك الكافور .

(فصل) وإن مس من الطيب ما يعلق بيده كالغالية وماء الورد والمسك المسحوق الذى يعلق بأصابعه فعليه الفدية ، لأنه مستعمل للطيب . وإن مس ما لا يعلق بيده كالمسك غير المسحوق وقطع الكافور والعنبر فلا فدية ، لأنه غير مستعمل للطيب فإن شمه فعليه الفدية لأنه يستعمل هكذا ، وإن شم العود فلا فدية عليه ، لأنه لا يتطيب به هكذا .

« مسألة » قال (ولا يلبس ثوباً مسه ورس ولا زعفران ولا طيب) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى هذا ، وهو قول جابر وابن عمر ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، قال ابن عبد البر : لا خلاف فى هذا بين العلماء ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس » متفق عليه . فكل ما صبغ بزعفران أو ورس أو غمس فى ماء ورد أو بخر بعود فليس للمحرم لبسه ، ولا الجلوس عليه ، ولا النوم عليه . نص أحمد عليه ، وذلك لأنه استعمال له ، فأشبه لبسه ومتى لبسه أو استعمله فعليه الفديه ، وبذلك قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن كان رطبا يلى بدنه أو يابسا ينفض فعليه الفدية وإلا فلا ، لأنه ليس بمتطيب .

ولنا : أنه منهى عنه لأجل الإحرام فلزمته الفدية به كاستعمال الطيب فى بدنه . ولأنه محرم استعمل ثوبا مطيبا فلزمته الفدية به كالرطب . فإن غسله حتى ذهب مافيه من ذلك فلا بأس به عند جميع العلماء .

(فصل) وإن انقطعت رائحة الثوب لطول الزمن عليه أو لكونه صبغ بغيره فغلب عليه بحيث لا يفوح له رائحة إذا رش فيه الماء فلا بأس باستعماله لزوال الطيب منه ، وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس ، وكره ذلك مالك إلا أن يغسل ويذهب لونه ، لأن عين الزعفران ونحوه فيه .

ولنا : أنه إنما نهى عنه من أجل رائحته ، وقد ذهبت بالكلية . فأما إن لم يكن له رائحة في الحال لكن كان بحيث إذا رش فيه ماء فاح ريحه ففيه الفدية . لأنه متطيب بطيب ، بدليل أن رائحته تظهر عند رش الماء فيه ، والماء لا رائحة له ، وإنما هي من الصبغ الذي فيه . فأما إن فرش فوق الثوب ثوباً صفيقاً يمنع الرائحة والمباشرة فلا فدية عليه بالجلوس والنوم عليه ، وإن كان الحائل بينهما ثياب بدنه ففيه الفدية لأنه يمنع من استعمال الطيب في الثوب الذي عليه كمنعه من استعماله في بدنه .

« مسألة » قال (ولا بأس بما صبغ بالعصفر) .

وجملة ذلك : أن العصفر ليس بطيب ولا بأس باستعماله وشمه ، ولا بما صبغ به . وهذا قول جابر وابن عمر وعبد الله بن جعفر وعقيل بن أبي طالب ، وهو مذهب الشافعي ، وعن عائشة وأسماء وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم « أنهن كن يحرمن في المعصفرات » وكرهه مالك إذا كان ينتفض في بدنه ولم يوجب فيه فدية ومنع منه الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن . وشبهوه بالورس والزعفر . لأنه صبغ طيب الرائحة . فأشبه ذلك .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر « أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب ، وما مس الورس والزعفران من الثياب ، ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب ، من معصفر أو خز أو حلي أو سراويل أو قميص أو خف » وروى الإمام أحمد في المناسك بإسناده عن عائشة بنت سعد قالت « كنا أزواج النبي صلى الله عليه وسلم نحرم في المعصفرات » ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً ، ولأنه ليس بطيب فلم يكره ما صبغ به كالسواد والمصبوغ بالمغرة . وأما الورس والزعفران فإنه طيب بخلاف مسألتنا .

(فصل) ولا بأس بالممشق وهو المصبوغ بالمغرة لأنه مصبوغ بطين لا بطيب وكذلك المصبوغ بسائر الأصباغ سوى ما ذكرنا . لأن الأصل الإباحة إلا ما ورد الشرع بتحريمه ، وما كان في معناه وليس هذا كذلك . وأما المصبوغ بالرياحين

فهو مبنى على الرياحين فى نفسها فما منع المحرم من استعماله منع لبس المصبوغ به إذا ظهرت رائحته وإلا فلا .

« مسألة » قال (ولا يقطع شعراً من رأسه ولا جسده) .

وأجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ شعره إلا من عذر . والأصل فيه : قول الله تعالى (٢ : ١٩٦ ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) وروى كعب بن عجرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لعلك يؤذيك هوام رأسك ؟ قال : نعم يا رسول الله : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين ، أو أنسك شاة » متفق عليه . وهذا يدل على أن الحلق كان قبل ذلك محرماً ، وشعر الرأس والجسد فى ذلك سواء .

(فصل) فإن كان له عذر من مرض أو وقع فى رأسه قمل أو غير ذلك مما يتضرر بإبقاء الشعر فله إزالته للآية والخبر . قال ابن عباس : (٢ : ١٩٦ فمن كان منكم مريضاً) أى برأسه قروح (أو به أذى من رأسه) أى قمل ، ثم ينظر فإن كان الضرر اللاحق به من نفس الشعر مثل أن ينبت فى عينه أو طال حاجباه فغطيا عينيه فله قلع مافى العين وقطع مااسترسل على عينيه ولا فدية عليه . لأن الشعر أذاه فكان له دفع أذيته بغير فدية كالصيد إذا صال عليه ، وإن كان الأذى من غير الشعر لكن لا يتمكن من إزالة الأذى إلا بإزالة الشعر كالقمل والقروح برأسه أو صداع برأسه أو شدة الحر عليه لكثرة شعره فعليه الفدية . لأنه قطع الشعر لإزالة ضرر غيره . فأشبه أكل الصيد للمخمصة .

فإن قيل : فالقمل من ضرر الشعر والحر سببه كثرة الشعر

قلنا : ليس القمل من الشعر . وإنما لايتمكن من المقام فى الرأس إلا به فهو محل له لا سبب فيه . وكذلك الحر من الزمان ، بدليل أن الشعر يوجد فى زمن البرد فلا يتأذى به . والله أعلم .

« مسألة » قال (ولا يقطع ظفراً إلا أن ينكسر) .

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من قلم أظفاره إلا من عذر . لأن قطع

الأظفار إزالة جزء يترفه به ، لحرم كإزالة الشعر . فإن انكسر فله إزالته من غير فدية تلزمه . قال ابن المنذر : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم أن للمحرم . أن يزيل ظفره بنفسه إذا انكسر . ولأن ما انكسر يؤذيه ويؤلمه . فأشبه الشعر النابت فى عينه ، والصيد الصائل عليه . فإن قص أكثر مما انكسر فعليه الفدية لذلك الزائد كما لو قطع من الشعر أكثر مما يحتاج إليه . وإن احتاج إلى مداواة قرحة فلم يمكنه إلا بقص أظفاره فعليه الفدية لذلك . قال ابن القاسم صاحب مالك : لا فدية عليه .

ولنا : أنه أزال ما منع إزالته لضرر فى غيره . فأشبه حلق رأسه دفعاً لضرر قمله وإن وقع فى أظفاره مرض فأزالها لذلك المرض فلا فدية عليه ، لأنه أزالها لإزالة مرضها فأشبه قصها لكسرها .

« مسألة » قال (ولا ينظر فى المرآة لإصلاح شىء) .

يعنى لا ينظر فيها لإزالة شعث أو تسوية شعر أو شىء من الزينة . قال أحمد ولا بأس أن ينظر فى المرآة ولا يصلح شعثاً ولا ينفض عنه غباراً . وقال أيضاً : إذا كان يريد به زينة فلا . قيل : فكيف يريد زينة ؟ قال : يرى شعرة فيسويها . وروى نحو ذلك عن عطاء ، والوجه فى ذلك : أنه قد روى فى حديث « إن المحرم الأشعث الأغبر » وفى آخر « إن الله يباهى بأهل عرفة ملائكته ، فيقول : يا ملائكتى انظروا إلى عبادى قد أتونى شعثاً غبرا ضاحين » أو كما جاء لفظ الحديث فإن نظر فيها لحاجة كمداواة جرح أو إزالة شعر ينبت فى عينه ونحو ذلك مما أباح الشرع له فعله . فلا بأس ولا فدية عليه بالنظر فى المرآة على كل حال وإنما ذلك أدب لا شىء على تاركه : لا نعلم أحداً أوجب فى ذلك شيئاً . وقد روى عن ابن عمر وعمر ابن عبد العزيز : أنهما كانا ينظران فى المرآة وهما محرمان .

« مسألة » قال (ولا يأكل من الزعفران ما يجد ريحه) .

وجملة ذلك : أن الزعفران وغيره من الطيب إذا جعل فى مأكول أو مشروب فلم تذهب رائحته لم يبح للمحرم تناوله نيئاً كان أو قد مسته النار . وبهذا قال

الشافعى . وكان مالك وأصحاب الرأى : لايرون بما مست النار من الطعام بأساً ، سواء ذهب لونه وريحه وطعمه أو بقى ذلك كله . لأنه بالطبخ استحال عن كونه طيبا . وروى عن ابن عمر وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وطاوس . أنهم لم يكونوا يرون بأكل الخشكنانج الاصفر بأسا . وكرهه القاسم بن محمد وجعفر بن محمد .

ولنا : أن الاستمتاع به والترفه به حاصل من حيث المباشرة . فأشبه مالوكان نيئا ولأن المقصود من الطيب رائحته . وهى باقية . وقول من أباح الخشكنانج الأصفر محمول على مالم يبق فيه رائحة . فان ماذهبت رائحته وطعمه ولم يبق فيه إلا اللون مما مسته النار لابأس بأكله . لانعلم فيه خلافا ، سوى أن القاسم وجعفر بن محمد كرها الخشكنانج الأصفر . ويمكن حمله على مابقيت رائحته ليزول الخلاف فإن لم تمسه النار لكن ذهبت رائحته وطعمه فلا بأس به . وهو قول الشافعى . وكره مالك والحميدى وإسحق وأصحاب الرأى الملح الأصفر ، وفرقوا بين مامسته النار ومالم تمسه

ولنا : أن المقصود الرائحة فإن الطيب إنما كان طيبا لرائحته لاللونه . فوجب دوران الحكم معها دونه

(فصل) فان ذهبت رائحته وبقى لونه وطعمه فظاهر كلام الخرقى إباحته لما ذكرنا من أنها المقصود فيزول المنع بزوالها . وظاهر كلام أحمد فى رواية صالح : تحريمه . وهو مذهب الشافعى . قال القاضى : محال أن تنفك الرائحة عن الطعم . فمتى بقى الطعم دل على بقائها فلذلك وجبت الفدية باستعماله

« مسألة » قال (ولا يدهن بما فيه طيب ومالا طيب فيه)

أما المطيب من الأدهان كدهن الورد والبنفسج والزنبق والخيرى واللينوفر فليس فى تحريم الأدهان به خلاف فى المذهب . وهو قول الأوزاعى . وكره مالك وأبو ثور وأصحاب الرأى الأدهان بدهن البنفسج . وقال الشافعى . ليس بطيب

ولنا : أنه يتخذ للطيب وتقصد رائحته فكان طيبا كماء الورد . فأما مالا طيب فيه كالزيت والشيرج والسمن والشحم ودهن البان الساذج ، فنقل الأثرم

قال : سمعت أبا عبد الله يسأل عن المحرم يدهن بالزيت والشيرج . فقال : نعم يدهن به إذا احتاج إليه ، ويتداوى المحرم بما يأكل . قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن للمحرم أن يدهن يديه بالشحم والزيت والسمن ، ونقل الأثرم جواز ذلك عن ابن عباس وأبي ذر والأسود بن يزيد وعطاء والضحاك وغيرهم ونقل أبو داود عن أحمد أنه قال : الزيت الذى يؤكل لايدهن المحرم به رأسه . فظاهر هذا : أنه لايدهن رأسه بشيء من الأدهان . وهو قول عطاء ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأى لأنه يزيل الشعث ويسكن الشعر . فأما دهن سائر البدن فلا نعلم عن أحمد فيه منعا . وقد ذكرنا إجماع أهل العلم على إباحته فى اليدين ، وإنما الكراهة فى الرأس خاصة . لأنه محل الشعر . وقال القاضى . فى إباحته فى جميع البدن روايتان . فان فعله فلا فدية فيه فى ظاهر كلام أحمد . سواء دهن رأسه أو غيره ، إلا أن يكون مطيباً . وقد روى عن ابن عمر « أنه صدع وهو محرم » فقالوا : ألا ندهنك بالسمن ؟ فقال : لا ، قالوا : أليس تأكله ؟ قال : ليس أكله كالأدهان به » وعن مجاهد قال : إن تداوى به فعليه الكفارة . وقال الذين منعوا من دهن الرأس : فيه الفدية لأنه مزيل للشعث . أشبه مالو كان مطيبا

ولنا : أن وجوب الفدية يحتاج إلى دليل . ولادليل فيه من نص ولا إجماع ولا يصح قياسه على الطيب . فان الطيب يوجب الفدية ، وإن لم يزل شعثا . ويستوى فيه الرأس وغيره ، والدهن بخلافه ولأنه مائع لاتجب الفدية باستعماله فى اليدين ، فلم تجب باستعماله فى الرأس كالماء

« مسألة » قال (ولا يتعمد لشم الطيب)

أى لايقصد شمه من غيره بفعل منه ، نحو أن يجلس عند العطارين لذلك ، أو يدخل الكعبة حال تجميرها ليشم طيبها ، أو يحمل معه عقدة فيها مسك ليجد ريحها ، قال أحمد : سبحان الله كيف يجوز هذا ؟ وأباح الشافعى ذلك ، إلا العقدة تكون معه يشمها ، فإن أصحابه اختلفوا فيها لأنه يشم الطيب من غيره ، أشبه مالو لم يقصده

ولنا : أنه شم الطيب قاصداً مبتدئا به فى الإحرام فحرم كما لو باشره ، يحققه أن القصد شمه لامباشرته بدليل مالو مس اليابس الذى لايعلق بيده لم يكن عليه

شيء . ولو رفعه بخرقة وشمه لوجبت عليه الفدية ولو لم يباشره ، فأما شمه من غير قصد كالجالس عند العطار لحاجته وداخل السوق أو داخل الكعبة للتبرك بها ومن يشترى طيباً لنفسه وللتجارة ولا يمسه فغير ممنوع منه . لأنه لا يمكن التحرز من هذا . فعفى عنه ، بخلاف الأول

« مسألة » قال (ولا يغطى شيئاً من رأسه ، والأذنان من الرأس)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من تخمير رأسه . والأصل فى ذلك « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن لبس العمائم والبرانس » وقوله فى المحرم الذى وقصته راحلته « لا تخمروا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا » علل منع تخمير رأسه ببقائه على إحرامه فعلم أن المحرم ممنوع من ذلك وكان ابن عمر يقول « إحرام الرجل فى رأسه » وذكر القاضى فى الشرح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إحرام الرجل فى رأسه ، وإحرام المرأة فى وجهها » وأنه عليه السلام (نهى أن يشد المحرم رأسه بالسير » وقول الخرقى « والأذنان من الرأس فائدته : تحريم تغطيتهما ، وأباح ذلك الشافعى

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الأذنان من الرأس » وقد ذكرناه فى الطهارة .

وإذا ثبت هذا . فإنه يمنع من تغطية بعض رأسه ، كما يمنع من تغطية جميعه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تخمروا رأسه » والمنهى عنه يحرم فعل بعضه ولذلك لما قال (٢ : ١٩٦ ولا تحلقوا رءوسكم) حرم حلق بعضه ، وسواء غطاه بالملبوس المعتاد أو بغيره ، مثل إن عصبه بعصابة ، أو شده بسير ، أو جعل عليه قرطاساً فيه دواء أولا دواء فيه ، أو خضبه بحناء أو طلاه بطين أو نورة ، أو جعل عليه دواء . فإن جميع ذلك ستر له وهو ممنوع منه وسواء كان ذلك لعذر أو غيره فإن العذر لا يسقط الفدية . بدليل قوله تعالى (٢ : ١٩٦ فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية) وقصة كعب بن عجرة ، وبهذا كله قال الشافعى . وكان عطاء يرخص فى العصابة من الضرورة ، والصحيح : أنه لا تسقط الفدية عنه بالعذر كما لو لبس قلنسوه من أجل البرد .

(فصل) فإن حمل على رأسه مكتلا أو طبقاً أو نحوه . فلا فدية عليه ، وبهذا قال عطاء ومالك ، وقال الشافعى : عليه الفدية لأنه ستره .

ولنا : أن هذا لا يقصد به الستر غالباً . فلم تجب به الفدية ، كما لو وضع يده عليه ، وسواء قصد به الستر أو لم يقصد . لأن ما تجب به الفدية لا يختلف بالقصد وعدمه . فكذلك ما لا تجب به الفدية ، واختار ابن عقيل وجوب الفدية عليه إذا قصد به الستر . لأن الحيل لا تحيل الحقوق . وإن ستر رأسه بيديه فلا شىء عليه لما ذكرنا ، ولأن الستر بما هو متصل به لا يثبت له حكم الستر ، ولذلك لو وضع يديه على فرجه لم تجزئه فى الستر . ولأن المحرم مأمور بمسخ رأسه . وذلك يكون بوضع يديه او إحداهما عليه ، وإن طلا رأسه بعسل أو صمغ ليجتمع الشعر ويتلبد فلا يتخلله الغبار ولا يصيبه الشعث ولا يقع فيه الدبيب جاز . وهو التلبيد الذى جاء فى حديث ابن عمر « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل ملبداً » رواه البخارى . وعن حفصة أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم « ما شأن الناس حلوا ولم تحلل أنت من عمرتك » ؟ قال : « إنى لبدت رأسى . وقلدت هدىى . فلا أحل حتى أنحر » متفق عليهما ، وإن كان فى رأسه طيب مما جعله فيه قبل الإحرام فلا بأس . لما روى عن عائشة قالت « كأنى أنظر إلى وبيص الطيب فى رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم » وكان على رأس ابن عباس مثل الرب من الغالية وهو محرم .

(فصل) وفى تغطية المحرم وجهه روايتان :

إحداهما : يباح . روى ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وزيد ابن ثابت وابن الزبير وسعد بن أبى وقاص وجابر والقاسم وطاوس والثورى والشافعى

والثانية : لا يباح . وهو مذهب أبى حنيفة ومالك . لما روى عن ابن عباس « أن رجلا وقع عن راحلته فوقصته . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اغسلوه بماء وسدر ، وكفنوه فى ثوبيه ، ولا تخمروا وجهه ولا رأسه . فإنه يبعث يوم القيامة يلبى » ولأنه محرم على المرأة فحرم على الرجل كالطيب .

ولنا : ما ذكرنا من قول الصحابة . ولم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم . فيكون

إجماعاً . ولقوله عليه السلام « إحرام الرجل فى رأسه ، وإحرام المرأة فى وجهها » وحديث ابن عباس المشهور فيه (ولا تخمروا رأسه) هذا المتفق عليه ، وقوله (ولا تخمروا وجهه) فقال شعبة : حدثنيه أبو بشر . ثم سألته عنه بعد عشر سنين فجاء بالحديث كما كان يحدث إلا أنه قال (ولا تخمروا وجهه ورأسه . وهذا يدل على أنه ضعف هذه الزيادة ، وقد روى فى بعض ألفاظه (خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه) فتتعارض الروايتان . وما ذكروه يبطل بلبس القفازين .

« مسألة » قال (والمرأة إحرامها فى وجهها . فإن احتاجت سدلت على وجهها)

وجملة ذلك : أن المرأة يحرم عليها تغطية وجهها فى إحرامها كما يحرم على الرجل تغطية رأسه ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، إلا ما روى عن أسماء « أنها كانت تغطى وجهها وهى محرمة » ويحتمل أنها كانت تغطيه بالسدل عند الحاجة ، فلا يكون اختلافاً . قال ابن المنذر : وكراهية البرقع ثابتة عن سعد وابن عمر وابن عباس وعائشة . ولا نعلم أحداً خالف فيه ، وقد روى البخارى وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين » فأما إذا احتاجت إلى ستر وجهها لمرور الرجال قريباً منها فإنها تسدل الثوب من فوق رأسها على وجهها ، وروى ذلك عن عثمان وعائشة . وبه قال عطاء ومالك والثورى والشافعى وإسحاق ومحمد بن الحسن : ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان الركبان يمرون بنا ونحن محرمات مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإذا حاذونا سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها فإذا جاوزونا كشفناه » رواه أبو داود والأثرم ، ولأن بالمرأة حاجة إلى ستر وجهها . فلم يحرم عليها ستره على الإطلاق كالعورة ، وذكر القاضى : أن الثوب يكون متجافياً عن وجهها بحيث لا يصيب البشرة ، فإن أصابها ثم زال أو أزالته بسرعة فلا شىء عليها : كما لو أطارت الريح الثوب عن عورة المصلى ثم عاد بسرعة لا تبطل الصلاة ، فإن لم ترفعه مع القدرة افتدت . لأنها استدامت الستر ، ولم أر هذا الشرط عن أحمد ، ولا هو فى الخبر ، مع أن الظاهر خلافه ، فإن الثوب المسدول لا يكاد يسلم من صابة البشرة . فلو كان هذا شرطاً لبين ، وإنما منعت المرأة من البرقع والنقاب

ونحوهما مما يعد لستر الوجه . قال أحمد : إنما لها أن تسدل على وجهها من فوق . وليس لها أن ترفع الثوب من أسفل ، كأنه يقول : إن النقاب من أسفل على وجهها .

(فصل) ويجتمع فى حق المحرمة وجوب تغطية الرأس ، وتحريم تغطية الوجه . ولا يمكن تغطية جميع الرأس إلا بجزء من الوجه . ولا كشف جميع الوجه إلا بكشف جزء من الرأس . فعند ذلك ستر الرأس كله أولى . لأنه آكد . إذ هو عورة لا يختص تحريمه حالة الإحرام . وكشف الوجه بخلافه . وقد أبحنا ستر جملته للحاجة العارضة ، فستر جزء منه لستر العورة أولى .

(فصل) ولا بأس أن تطوف المرأة منتقبة إذا كانت غير محرمة . « وطافت عائشة وهى منتقبة » وكره ذلك عطاء ثم رجع عنه ، وذكر أبو عبد الله حديث ابن جريج : أن عطاء كان يكره لغير المحرمة أن تطوف منتقبة حتى حدثته عن الحسن ابن مسلم عن صفية بنت شيبة « أن عائشة طافت وهى منتقبة » فأخذ به .

« مسألة » قال (ولا تكتحل بكحل أسود)

الكحل بالإثمد فى الإحرام مكروه للمرأة والرجل . وإنما خص المرأة بالذكر لأنها محل الزينة : وهو فى حقها أكثر من الرجل . ويروى هذا عن عطاء والحسن ومجاهد ، قال مجاهد : هو زينة ، وروى عن ابن عمر أنه قال « يكتحل المحرم بكل كحل ليس فيه طيب » قال مالك : لا بأس أن يكتحل المحرم من حر يجده فى عينيه بالإثمد وغيره ، وروى عن أحمد أنه قال : يكتحل المحرم مالم يرد به الزينة . قيل له : الرجال والنساء ؟ قال : نعم ، والدليل على كراهته : ما روى عن جابر « أن علياً قدم من اليمن فوجد فاطمة ممن حل ، فلبست ثياباً صبغا واكتحلت . فأنكر ذلك عليها . فقالت : أبى أمرنى بهذا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : صدقت، صدقت » رواه مسلم وغيره . وهذا يدل على أنها كانت ممنوعة من ذلك ، وروى عن عائشة أنها قالت لامرأة « اكتحلى بأى كحل شئت غير الإثمد أو الأسود »

إذا ثبت هذا : فإن الكحل بالإثمد مكروه ولا فدية فيه . لا أعلم فيه خلافا ،

وروت شميسة عن عائشة قالت « اشتكيت عيني وأنا محرمة . فسألت عائشة ؟ فقالت : اكتحلي بأي كحل شئت غير الاثمد » أما إنه ليس بحرام . ولكنه زينة فنحن نكرهه » قال الشافعي . إن فعلا فلا أعلم عليهما فيه فدية بشيء .

(فصل) فأما الكحل بغير الاثمد فلا كراهة فيه ما لم يكن فيه طيب ، لما ذكرنا من حديث عائشة وقول ابن عمر ، وقد روى مسلم عن نبيه بن وهب قال « خرجنا مع أبان بن عثمان ، حتى إذا كنا بملل اشتكى عمر بن عبيد الله عينيه ، فأرسل إلى أبان بن عثمان ليسأله . فأرسل إليه : أن أضمدها بالصبر فإن عثمان حدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الرجل إذا اشتكى عينيه وهو محرم ضمدها بالصبر » ففي هذا دليل على إباحة ما فى معناه مما ليس فيه زينة ولا طيب وكان إبراهيم لا يرى بالذرور الأحمر بأساً .

« مسألة » قال (وتجتنب كل ما يجتنبه الرجل ، إلا فى اللباس وتظليل المحمل)

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأه ممنوعة مما منع الرجال إلا بعض اللباس . وأجمع أهل العلم على أن للمحرمة لبس القمص والدروع والسراويلات والخمر والخفاف وإنما كان كذلك لأن أمر رسول الله صلى الله وعليه وسلم المحرم بأمر وحكمه عليه يدخل فيه الرجال والنساء ، وإنما استثنى منه اللباس للحاجة إلى ستر المرأة لكونها عورة إلا وجهها . فتجردها يفضى إلى انكشافها . فأبيح لها اللباس للستر ، كما أبيح للرجال عقد الازار كيلا يسقط فتنكشف العورة ولم يبح عقد الرداء ، وقد روى ابن عمر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى النساء فى إحرامهن عن القفازين والنقاب ، وما مس الورس والزعفران من الثياب . ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو حلى أو سراويل أو قميص أو خف » وهذا صريح والمراد باللباس ههنا : المخيط من القميص والدروع والسراويلات والخفاف وما يستر الرأس ونحوه .

(فصل) ويستحب للمرأة ما يستحب للرجل من الغسل عند الإحرام والتطيب والتنظف . لما ذكرنا من حديث عائشة أنها قالت « كنا نخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام . فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراها النبي صلى الله عليه وسلم فلا ينكره عليها »

والشابة والكبيرة فى هذا سواء ، فإن عائشة كانت تفعله فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وهى شابة.

فإن قيل أليس قد كره ذلك فى الجمعة ؟ قلنا : لأنها فى الجمعة تقرب من الرجال فيخاف الافتتان بها ، بخلاف مسألتنا . ولهذا يلزم الحج النساء ولاتلزمهن الجمعة . وكذلك يستحب لها قلة الكلام فيما لاينفع ، والإكثار من التلبية وذكر الله تعالى.

« مسألة » قال (ولا تلبس القفازين ولا الخلخال وما أشبهه)

القفازان : شيء يعمل لليدين تدخلهما فيهما من خرق تسترهما من الحر . مثل ما يعمل للبرد . فيحرم على المرأة لبسه فى يديها فى حال إحرامها ، وهذا قول ابن عمر . وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والنخعى ومالك واسحاق ، وكان سعد ابن أبى وقاص يلبس بناته القفازين وهن محرمات . ورخص فيه على وعائشة وعطاء ، وبه قال الثورى وأبو حنيفة . وللشافعى كالمذهبين . واحتجوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إحرام المرأة فى وجهها » ، وأنه عضو يجوز ستره بغير المخيط . فجاز ستره به كالرجلين .

ولنا : ماروى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاتنتقب المرأة الحرام ولا تلبس القفازين » رواه البخارى . وروى أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى النساء فى إحرامهن عن القفازين والخلخال » ولأن الرجل لما وجب عليه كشف رأسه تعلق حكم إحرامه بغيره : فمنع من لبس المخيط فى سائر بدنه . كذلك المرأة لما لزمها كشف وجهها ينبغى أن يتعلق حكم الإحرام بغير ذلك البعض وهو اليدان . وحديثهم المراد به الكشف . فأما الستر بغير المخيط فيجوز للرجل ولايجوز بالمخيط . فأما الخلخال وما أشبهه من الحلى مثل السوار والدملوج . فظاهر كلام الخرقى : أنه لايجوز لبسه . وقد قال أحمد : المحرمة والمتوفى عنها زوجها يتركان الطيب والزينة ، ولهما ماسوى ذلك ، وروى عن عطاء : أنه كان يكره للمحرمة الحرير والحلى . وكرهه الثورى وأبو ثور وروى عن قتادة أنه كان لايرى بأساً أن تلبس المرأة الخاتم والقرط وهى محرمة . وكره السوارين والدملجين والخلخالين . وظاهر مذهب أحمد : الرخصة فيه.وهو قول ابن عمر وعائشة وأصحاب الرأى . قال أحمد فى راوية حنبل : تلبس المحرمة الحلى والمعصفر . وقال عن نافع

« كان نساء ابن عمــــر وبناته يلبسن الحلى والمعصفر وهن محرمات لاينكر ذلك عبد الله » وروى أحمد فى المناسك عن عائشه أنها قالت « تلبس المحرمة ماتلبس وهى حلال من خزها وقزها وحليها » وقد ذكرنا حديث ابن عمر أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم قال « ولتلبس بعد ذلك ماأحبت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو حلى » قال ابن المنذر : لايجوز المنع منه بغير حجة . ويحمل كلام أحمد والخرقى فى المنع على الكراهة لما فيه من الزينه ، وشبهه بالكحل بالاثمد ، ولافدية فيه كما لافدية فى الكحل . وأما لبس القفازين ففيه الفدية . لأنها لبست مانهيت عن لبسه فى الإحرام فلزمتها الفدية كالنقاب .

(فصل) قال القاضى : يحرم عليها شد يديها بخرقة . لأنه ستر لبدنها بمــــا يختص بها . أشبه القفازين ، وكما لو شد الرجل على جسده شيئا . وإن لفت يديها من غير شد فلا فدية . لأن المحرم هو اللبس لاتغطيتهما كبدن الرجل .

« مسألة » قال (ولا ترفع المرأة صوتها بالتلبية إلا بمقدار ماتسمع رفيقتها)

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن السنة فى المرأه أن لاترفع صوتها . وإنما عليها أن تسمع نفسها . وبهذا قال عطاء ومالك والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى . وروى عن سليمان بن يسار قال (السنة عندهم أن المرأة لاترفع صوتها بالاهلال » وإنما كره لها رفع الصوت مخافة الفتنة بها . ولهذا لايسن لها أذان ولا إقامة والمسنون لها فى التنبيه فى الصلاة التصفيق دون التسبيح .

(فصل) ويستحب للمرأة أن تختضب بالحناء عند الإحرام لما روى عن ابن عمر أنه قال « من السنة أن تدلك المرأه يديها فى حناء » ولأن هذا من زينة النساء. فاستحب عند الإحرام كالطيب ، ولابأس بالخضاب فى حال إحرامها ، وقال القاضى : يكره لكونه من الزينة : فأشبه الكحل بالاثمد ، فإن فعلته ولم تشد يديها بالخرق فلا فدية ، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر ، وكان مالك ومحمد بن الحسن يكرهان الخضاب للمحرمة وألزماها الفدية .

ولنا : ماروى عكرمة أنه قال « كانت عائشة وأزواج النبى صلى الله عليه وسلم يختضبن بالحناء وهن حرم » ولأن الأصل الإباحة ، وليس ههنا دليل يمنع من نص ولا إجماع ، ولا هى فى معنى المنصوص

(فصل) إذا أحرم الخنثى المشكل لم يلزمه اجتناب المخيط . لأننا لا نتيقن الذكورية الموجبة لذلك « وقال ابن المبارك : يغطى رأسه ويكفر . والصحيح أن الكفارة لا تلزمه . لأن الأصل عدمها . فلا نوجبها بالشك . وإن غطى وجهه وحده لم يلزمه فدية لذلك . وإن جمع بين تغطية وجهه بنقاب أو برقع وبين تغطية رأسه أو لبس المخيـــط على بدنه لزمته الفدية . لأنه لايخلو أن يكون رجلا أو امرأة .

(فصل) ويستحب للمرأة الطواف ليلا . لأنه أسترلها وأقل للزحام فيمكنها أن تدنو من البيت وتستلم الحجر ، وقد روى حنبل فى المناسك بإسناده عن أبى الزبير « أن عائشة كانت تطوف بعد العشاء أسبوعاً أو أسبوعين ، وترسل إلى أهل المجالس فى المسجد : ارتفعوا إلى أهليكم ، فإن لهم عليكم حقاً » وعن محمد ابن السائب بن بركة عن أمه عن عائشة « أنها أرسلت إلى أصحاب المصابيح أن يطفئوها . فأطفؤوها فطفت معها فى ستر أو فى حجاب فكانت كلما فرغت من أسبوع استلمت الركن الأسود وتعوذت بين الركن والباب ، حتى إذا فرغت من ثلاثة أسابيع ذهبت إلى دبر سقاية زمزم مما يلى الناس ، فصلت ست ركعات ، كلما ركعت ركعتين انحرفت إلى النساء فكلمتهن ، تفصل بذلك صلاتها حتى فرغت »

« مسألة » قال (ولا يتزوج المحرم ولا يزوج . فإن فعل فالنكاح باطل)

قوله « لايتزوج » أى لايقبل النكاح لنفسه ، « ولايزوج » أى لايكون ولياً فى النكاح ولا وكيلا فيه ، ولا يجوز تزويج المحرمة أيضا . روى ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار والزهرى والأوزاعى ومالك والشافعى . وأجاز ذلك ابن عباس . وهو قول أبى حنيفة . لما روى ابن عباس « أن النبى صلى عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم » متفق عليه ولأنه عقد يملك به الاستمتاع فلا يحرمه الإحرام كشراء الإماء .

ولنا : ماروى أبان بن عثمان عن عثمان بن عفان رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاينكح المحرم ولاينكح ولا يخطب » رواه مسلم ، ولأن الإحرام يحرم الطيب فيحرم النكاح كالعدة ، فأما حديث ابن عباس فقد روى يزيد بن الأصم

عن ميمونة أن « النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها حلالا . وبنى بها حلالا وماتت بسرف فى الظلة التى بنى بها فيها » رواه أبو داود والأثرم ، وعن أبى رافع قال « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو حلال . وبنى بها وهو حلال ، وكنت أنا الرسول بينهما » قال الترمذى : هذا حديث حسن . وميمونة أعلم بنفسها . وأبو رافع صاحب القصة ، وهو السفير فيها . فهما أعلم بذلك من ابن عباس وأولى بالتقديم لو كان ابن عباس كبيراً . فكيف وقد كان صغيراً لا يعرف حقائق الأمور ولا يقف عليها ، وقد أنكر عليه هذا القول . وقال سعيد بن المسيب: وهم ابن عباس ، ماتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم إلا حلالا . فكيف يعمل بحديث هذا حاله ؟ ويمكن حمل قوله « وهو محرم » أى فى الشهر الحرام ، أو فى البلد الحرام كما قيل :

* قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً *

وقيل : تزوجها حلالا . وأظهر أمر تزويجها وهو محرم . ثم لو صح الحديثان كان تقديم حديثنا أولى . لأنه قول النبي صلى الله عليه وسلم وذلك فعله . والقول آكد . لأنه يحتمل أن يكون مختصاً بما فعله ، وعقد النكاح يخالف شراء الأمة . فإنه يحرم بالعدة والردة واختلاف الدين ، وكون المنكوحة أختاً له من الرضاع ، ويعتبر له شروط غير معتبرة فى الشراء .

(فصل) ومتى تزوج المحرم أو زوج أو زوجت محرمة فالنكاح باطل ، سواء كان الكل محرمين أو بعضهم . لأنه منهى عنه . فلم يصح ، كنكاح المرأة على عمتها أو خالتها . وعن أحمد : إن زوج المحرم لم أفسخ النكاح . قال بعض أصحابنا : هذا يدل على أنه إذا كان الولى بمفرده أو الوكيل محرماً لم يفسد النكاح . والمذهب الأول . وكلام أحمد يحمل على أنه لا يفسخه لكونه مختلفاً فيه . قال القاضى : ويفرق بينهما بطلقة . وهكذا كل نكاح مختلف فيه . قال أحمد فى رواية أبى طالب : إذا تزوجت بغير ولى لم يكن للولى أن يزوجها من غيره حتى يطلق . ولأن تزويجها من غير طلاق يفضى إلى أن يجتمع للمرأة زوجان كل واحد منهما يعتقد حلها .

(فصل) وتكره الخطبة للمحرم وخطبة المحرمة . ويكره للمحرم أن يخطب للمحلين . لأنه قد جاء فى بعض ألفاظ حديث عثمان « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم . ولأنه تسبب إلى الحرام . فأشبه الإشارة إلى الصيد ، والإحرام الفاسد كالصحيح فى منع النكاح ، وسائر المحظورات . لأن حكمه باق فى وجوب ما يجب فى الإحرام فكذلك ما يحرم به .

(فصل) ويكره أن يشهد النكاح . لأنه معاونة على النكاح فأشبه الخطبة . وإن شهد أو خطب لم يفسد النكاح . وقال بعض أصحاب الشافعى : لا ينعقد النكاح بشهادة المحرمين . لأن فى بعض الروايات « ولا يشهد » .

ولنا : أنه لامدخل للشاهد فى العقد . فأشبه الخطبة . وهذه اللفظة غير معروفة . فلم يثبت بها حكم . ومتى تزوج المحرم أو زوج أو زوجت محرمة لم يجب بذلك فدية . لأنه عقد فسد لأجل الإحرام ، فلم تجب به فدية كشراء الصيد .

« مسألة » قال (فإن وطىء المحرم فى الفرج فأنزل أو لم ينزل فقد فسد حجهما وعليه بدنة إن كان استكرهها ، وإن كانت طاوعته فعلى كل واحد منهما بدنة) .

أما فساد الحج بالجماع فى الفرج فليس فيه اختلاف . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الحج لا يفسد بإتيان شىء فى حال الإحرام إلا الجماع . والأصل فى ذلك : ما روى عن ابن عمر « أن رجلا سأله فقال : إنى وقعت بامرأتى ونحن محرمان . فقال : أفسدت حجك ، انطلق أنت وأهلك مع الناس فاقضوا مايقضون ، وحل إذا حلوا . فإذا كان فى العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك واهديا هديا . فإن لم تجدا فصوما ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعتم » وكذلك قال ابن عباس وعبد الله بن عمر . ولم نعلم لهم فى عصرهم مخالفاً . روى حديثهم الأثرم فى سننه ، وفى حديث ابن عباس « ويتفرقان من حيث يحرمان حتى يقضيا حجهما » قال ابن المنذر : قول ابن عباس أعلى شىء روى فيمن وطىء فى حجه . وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه وبه قال ابن المسيب وعطاء والنخعى والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . ولافرق بين ما قبل الوقوف وبعده . وقال أبو حنيفة :

إن جامع قبل الوقوف فسد حجه . وإن جامع بعده لم يفسد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحج عرفة » ولأنه معنى يأمن به الفوات . فأمن به الفساد كالتحلل .

ولنا : أن قول الصحابة الذين رويناه قولهم مطلق فيمن واقع محرماً . ولأنه جماع صادف إحراماً تاماً فأفسده . كما قبل الوقوف . وقوله عليه السلام « الحج عرفة » يعني معظمه ، أو أنه ركن متأكد فيه . ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد، بدليل العمره .

إذا ثبت هذا ، فإنه يجب على المجامع بدنة . روى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وأبي ثور . وقال الثوري وإسحاق : عليه بدنة . فإن لم يجد فشاة ، وقال أصحاب الرأي : إن جامع قبل الوقوف فسد حجه ، وعليه شاة ، وإن كان بعده فعليه بدنة وحجه صحيح . لأنه قبل الوقوف معنى يوجب القضاء ، فلم يجب به بدنة كالفوات .

ولنا : أنه جماع صادف إحراماً تاماً ، فوجبت به البدنة كبعد الوقوف ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولم يفرقوا بين قبل الوقوف وبعده ، وأما الفوات فهو مفارق للجماع بالإجماع . ولذلك لا يوجبون فيه الشاة بخلاف الجماع ، وإذا كانت المرأة مكرهة على الجماع فلا هدى عليها ولا على الرجل أن يهدى عنها ، نص عليه أحمد ، لأنه جماع يوجب الكفارة ، فلم تجب به حال الإكراه أكثر من كفارة واحدة ، كما في الصيام ، وهذا قول إسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى : أن عليه أن يهدى عنها ، وهو قول عطاء ومالك ، لأن إفساد الحج وجد منه في حقهما ، فكان عليه لإفساده حجها هدى ، قياساً على حجه ، وعنه ما يدل على أن الهدى عليها ، لأن فساد الحج ثبت بالنسبة إليها ، فكان الهدى عليها كما لو طاوعت : ويحتمل أنه أراد أن الهدى عليها ، يتحمله الزوج عنها ، فلا يكون رواية ثالثة .

فأما حال المطاوعة فعلى كل واحد منهما بدنة ، هذا قول ابن عباس وسعيد ابن المسيب والنخعي والضحاك ومالك والحكم وحماد ، لأن ابن عباس قال « اهد ناقة ولتهد ناقة » لأنها أحد المتجامعين من غير إكراه ، فلزمتها بدنة كالرجل ، وعن

أحمد أنه قال : أرجو أن يجزئهما هدى واحد . وروى ذلك عن عطاء . وهو مذهب الشافعى . لأنه جماع واحـــد فلم يوجب أكثر من بدنة كحالة الإكراه . والنائمة كالمكرهة فى هذا ، وأما فساد الحج فلا فرق فيه بين حال الإكراه والمطاوعة لا نعلم فيه خلافاً .

(فصل) ولا فرق بين الوطء فى القبل والدبر من آدمى أو بهيمة . وبه قال الشافعى وأبو ثور . ويتخرج فى وطء البهيمة أن الحج لا يفسد به . وهو قول مالك وأبى حنيفة . لأنه لا يوجب الحد . فأشبه الوطء دون الفرج . وحكى أبو ثور عن أبى حنيفة أن اللواط والوطء فى الدبر لا يفسد الحج . لأنه لا يثبت به الإحصان فلم يفسد الحج كالوطء دون الفرج .

ولنا : أنه وطء فى فرج يوجب الاغتسال . فأفسد الحج كوطء الادمية فى القبل . ويفارق الوطء دون الفرج . فإنه ليس من الكبائر فى الأجنبية . ولا يوجب مهراً ولا عده ولا حداً ولا غسلا إلا أن ينزل ، فيكون كمسألتنا فى رواية ،

(فصل) إذا تكرر الجماع فإن كفر عن الأول فعليه للثانى كفارة ثانية كالأول ، وإن لم يكن كفر عن الأول فكفارة واحدة . وعنه أن لكل وطء كفارة . لأنه سبب للكفارة فأوجبها كالأول . والمذهب الأول . لأنه جماع موجب للكفارة . فإذا تكرر قبل التكفير عن الأول لم يوجب كفارة ثانية ، كما فى الصيام . وقال أبو حنيفة : عليه للوطء الثانى شاة ، سواء كفر عن الأول أو لم يكفر ، إلا أن يتكرر الوطء فى مجلس واحد على وجه الرفض للإحرام . لأنه وطء صادف إحراماً ناقص الحرمة . فأوجب شاة كالوطء بعد التحلل الأول . وقال مالك : لا يجب بالثانى شيء ، وروى ذلك عن عطاء ، لأنه لا يفسد الحج . فلا يجب به شيء كما لو كان قبل التكفير ، وقال الشافعى ، كقولنا وقريباً من قول أبى حنيفة .

ولنا على وجوب البدنة ، إذا كفر : أنه وطىء فى إحرام ولم يتحلل منه . ولا أمكن تداخل كفارته فى غيره ، فأشبه الوطء الأول . ولأن الإحرام الفاسد كالصحيح فى سائر الكفارات . فكذلك فى الوطء ولأنه إذا لم يكفر عن الأول ،

فتتداخل كفارته كما يتداخل حكم المهر والحد ، والتحديد بعدم التكفير أولى من التحديد بالمجلس الواحد . لما ذكرنا من المهر والحد والتكفير فى اليمين والظهار وغيرهما .

« مسألة » قال (وإن وطيء دون الفرج فلم ينزل ، فعليه دم ، وإن أنزل ، فعليه بدنة ، وقد فسد حجه)

أما إذا لم ينزل فإن حجه لا يفسد بذلك ، لا نعلم أحداً قال بفساد حجه ، لأنها مباشرة دون الفرج عريت عن الإنزال ، فلم يفسد بها الحج كاللمس ، أومباشرة لا توجب الاغتسال ، أشبهت اللمس . وعليه شاة ، وقال الحسن فيمن ضرب بيده على فرج جاريته : عليه بدنة ، وعن سعيد بن جبير : إذا نال منها ما دون الجماع ذبح بقرة .

ولنا : أنها ملامسة من غير إنزال ، فأشبهت لمس غير الفرج ، فأما إن أنزل فعليه بدنة ، وبذلك قال الحسن وسعيد بن جبير والثورى وأبو ثور . وقال الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر : عليه شاة لأنها مباشرة دون الفرج . فأشبه ما لو لم ينزل .

ولنا : أنه جماع أوجب الغسل ، فأوجب بدنة كالوطء فىالفرج ، وفى فساد حجه بذلك روايتان :

إحداهما : يفسد . اختارها الخرقى وأبو بكر ، وهو قول عطاء والحسن والقاسم بن محمد ومالك وإسحاق . لأنها عبادة يفسدها الوطء فأفسدها الإنزال عن مباشرة كالصيام .

والثانية : لا يفسد الحج ، وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ، وهى الصحيحة إن شاء الله ، لأنه استمتاع لا يجب بنوعه الحد فلم يفسد الحج كما لو لم ينزل . ولأنه لا نص فيه ولا إجماع ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، لأن الوطء فى الفرج يجب بنوعه الحد ، ويتعلق به اثنا عشر حكما ، ولا يفترق فيه الحال بين الإنزال وعدمه ، والصيام يخالف الحج فى المفسدات ، ولذلك يفسد بتكرار النظر مع الإنزال والمذى وسائر محظوراته ، والحج لا يفسد بشىء من محظوراته غير الجماع .

فافترقا ، والمرأة كالرجل فى هـا إذا كانت ذات شهرة وإلا فلا شيء عليها ، كالرجل إذا لم يكن له شهوة .

« مسألة » قال (فإن قبل فلم ينزل ، فعليه دم ، وإن أنزل فعليه بدنة ، وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : إن أنزل فسد حجه)

وجملة ذلك : أن حكم القبلة حكم المباشرة دون الفرج سواء ، إلا أن الخرقى ذكر فى هذه المسألة روايتين فى إفساد الحج عند الإنزال ، ولم يذكر فى إفساد الحج فى الوطء دون الفرج إلا رواية واحدة ، وقد ذكرنا أن فيها أيضاً روايتين ، وذكرنا الخلاف فيه ، لكن نشير إلى الفرق توجيها لقول الخرقى فنقول :

إنزال بغير وطء فلم يفسد به الحج كالنظر ، ولأن اللذة بالوطء ، فوق اللذة بالقبلة ، فكانت فرقها فى الواجب ، لأن مراتب أحكام الاستمتاع على وفق ما يحصل به من اللذة ، فالوطء فى الفرج أبلغ الاستمتاع فأفسد الحج مع الإنزال وعدمه ، والوطء دون الفرج دونه ، فأوجب البدنة ، وأفسد الحج عند الإنزال والدم عند عدمه ، والقبلة دونهما فتكون دونهما فيما يجب بها فيجب بها بدنة عند الانزال من غير إفساد . وتكرار النظر دون الجميع ، فيجب به الدم عند الإنزال ولا يجب عند عدمه شيء ؛ ومن جمع بين الوطء دون الفرج والقبلة . قال : كلاهما مباشرة ، فاستوى حكمهما فى الواجب بهما . وقد روى عن ابن عباس أنه قال لرجل قبل زوجته « أفسدت حجتك » وروى ذلك عن سعيد بن جبير ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء وابن سيرين والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى : عليه دم ، وروى ذلك عن الشعبى وسعيد بن جبير . وروى الأثرم بإسناده عن عبد الرحمن بن الحارث « أن عمر بن عبد الله قبل عائشة بنت طلحة محرماً ، فسأل فأجمع له على أن يهريق دماً » والظاهر . أنه لم يكن أنزل لأنه لم يذكر ، وسواء أمذى أو لم يمذ ، وقال سعيد بن جبير : إن قبل فمذى أو لم يمذ فعليه دم ، وسائر اللمس لشهوة كالقبلة فيما ذكرنا ، لأنه استمتاع يلتذ به فهو كالقبلة ، قال أحمد فيمن قبض على فرج امرأته وهو محرم : فإنه يهريق دم شاة ، وقال عطاء : إذا قبل المحرم أو لمس فليهرق دما .

« مسألة » قال (وإن نظر فصرف بصره فأمنى فعليه دم . وإن كرر النظر حتى أمنى فعليه بدنة)

وجملة ذلك : أن الحج لا يفسد بتكرار النظر أنزل أو لم ينزل . روى ذلك عن ابن عباس . وهو قول أبي حنيفه والشافعى . وروى عن الحسن وعطاء ومالك فيمن ردد النظر حتى أمنى : عليه حج من قابل . لأنه أنزل بفعل محظور . أشبه الإنزال بالمباشرة .

ولنا : أنه إنزال عن غير مباشرة ، فأشبه الإنزال بالفكر والاحتلام . والأصل الذى قاسوا عليه ممنوع . ثم إن المباشرة أبلغ فى اللذة وآكد فى استدعاء الشهوة . فلا يصح القياس عليه . فأما إن نظر ولم يكرر فأمنى فعليه شاة ، وإن كرره فأنزل ففيه روايتان . إحداهما : عليه بدنة . روى ذلك عن ابن عباس . والثانية : عليه شاة . وهو قول سعيد بن جبير وإسحاق ورواية ثانيه عن ابن عباس . وقال أبو ثور لا شىء عليه . وحكى ذلك عن أبي حنيفة والشافعى . لأنه ليس بمباشرة أشبه الفكر.

ولنا : أنه إنزال بفعل محظور . فأوجب الفدية كاللمس . وقد روى الأثرم عن ابن عباس : أنه قال له رجل « فعـل الله بهذه وفعل ، إنها تطيبت لى ، فكلمتنى وحدثتنى حتى سبقتنى الشهوة . فقال ابن عباس أتمم حجك وأهرق دما » وروى حنبل فى المناسك عن مجاهد : أن محرما نظر إلى امرأته حتى أمذى فجعل يشتمها . فقال ابن عباس « أهرق دما ولا تشتمها »

(فصل) فإن كرر النظر حتى أمذى . فقال أبو الخطاب . عليه دم . وقال القاضى : ذكره الخرقى . قال القاضى : لأنه جزء من المنى . ولأنه حصل به التذاذ فهو كاللمس ، وإن لم يقترن بالنظر منى أو مذى فلا شىء عليه ، سواء كرر النظر أو لم يكرره ، وقد روى عن أحمد فيمن جرد امرأته ولم يكن منه غير التجريد : أن عليه شاة ، وهذا محمول على أنه لمس ، وإن التجريد لا يعرى عن اللمس ظاهراً أو على أنه أمنى أو أمذى . أما مجرد النظر فلا شىء فيه ، فقد كان النبى صلى الله عليه وسلم ينظر إلى نسائه وهو محرم ، وكذلك أصحابه

(فصل) فإن فكر فأنزل فلا شىء عليه ، فإن الفكر يعرض للانسان من غير إرادة ولا اختيار فلم يتعلق به حكم كما فى الصيام ، وقد قال النبي صـلى الله عليه

وسلم « إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به » متفق عليه

(فصل) والعمد والنسيان في الوطء سواء ، نص عليه أحمد ، فقال : إذا جامع أهله بطل حجه ، لأنه شيء لا يقدر على رده ، والشعر إذا حلقه فقد ذهب لا يقدر على رده ، والصيد إذا قتله فقد ذهب لا يقدر على رده ، فهذه الثلاثة العمد والنسيان فيها سواء ، ولم يذكر الخرقي النسيان ههنا ، لكن ذكره في الصيام ، وبين أن الوطء في الفرج أو دون الفرج مع الإنزال يستوي عمده وسهوه ، وما عداه من القبلة واللمس والمذي بتكرار النظر يختلف حكم عمده وسهوه ، فههنا ينبغي أن يكون مثله ، لأن الوطء لا يكاد يتطرق النسيان إليه دون غيره ، ولأن الجماع مفسد للصوم دون غيره فاستوى عمده وسهوه كالفوات بخلاف ما دونه ، والجاهل بالتحريم والمكره في حكم الناسي ، لأنه معذور ، وممن قال : إن عمد الوطء ونسيانه سواء : أبو حنيفة ومالك والشافعي في قديم قوليه ، وقال في الجديد : لا يفسد الحج ولا يجب عليه شيء مع النسيان والجهل ، لأنها عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فافترق فيها وطء العامد والناسي كالصوم

ولنا : أنه سبب يتعلق به وجوب القضاء في الحج ، فاستوى عمده وسهوه كالفوات ، والصوم ممنوع ، ثم إن الصوم لا تجب الكفارة فيه بالافساد ، بدليل أن إفساده بكل ما عدا الجماع لا يوجب كفارة ، وإنما تجب بخصوص الجماع فافترقا

« مسألة » قال (وللمحرم أن يتجر ، ويصنع الصنائع ، ويرتجع زوجته)

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى في الارتجاع : أن لا يفعل أما التجارة والصناعة فلا نعلم في إباحتهما اختلافا ، وقد روى ابن عباس قال « كان ذو المجاز وعكاظ متجر الناس في الجاهلية ، فلما جاء الإسلام كأنهم كرهوا ذلك ، حتى نزلت (٢ : ١٩٧ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) في مواسم الحج » فأما الرجعة فالمشهور : إباحتها ، وقول أكثر أهل العلم ، وفيه رواية ثانية : أنها لا تباح : لأنها استباحة فرج مقصود بعقد ، فلا تباح للمحرم كالنكاح

وجه الرواية الصحيحة : أن الرجعية زوجة ، والرجعة امساك بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فأبيح ذلك كالإمساك قبل الطلاق ، ولا نسلم أن الرجعة

استباحة فإن الرجعية مباحة وإن سلمنا أنها استباحة فتبطل بشرى الأمه للشراء . ولأن ما يتعلق به إباحة الزوجة مباح فى النكاح كالتكفير فى الظهار . وأما شراء الإماء فمباح ، وسواء قصد به الشراء أو لم يقصد . لا نعلم فيه خلافاً . فإنه ليس بموضوع الاستباحة فى البضع . فأشبه شراء العبيد والبهائم . ولذلك أبيح شراء من لا يحل وطؤها . فلذلك لم يحرم فى حالة يحرم فيها الوطء .

« مسألة » قال (وله أن يقتل الحدأة والغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور وكل ما عدا عليه أو آذاه ، ولا فداء عليه)

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم الثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وحكى عن النخعى أنه منع قتل الفأرة ، والحديث صريح فى حل قتلها . فلا يعول على ما خالفه . والمراد بالغراب الأبقع وغراب البين . وقال قوم : لا يباح من الغربان إلا الأبقع خاصة . لأنه قد روى « خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم : الحية والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور والحديا » رواه مسلم . وهذا يقيد المطلق فى الحديث الآخر ولا يمكن حمله على العموم . بدليل أن المباح من الغربان لا يحل قتله .

ولنا : ما روت عائشة قالت « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل خمس فواسق فى الحرم : الحدأة ، والغراب والفأرة . والعقرب ، والكلب العقور » وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب ليس على المحرم جناح فى قتلهن » وذكر مثل حديث عائشة . متفق عليهما . وفى لفظ لمسلم فى حديث ابن عمر « خمس لا جناح على من قتلهن فى الحرم والإحرام » وهذا عام فى الغراب . وهو أصح من الحديث الآخر . ولأن غراب البين محرم الأكل يعدو على أموال الناس . فلا وجه لإخراجه من العموم . وفارق ما أبيح أكله . فإنه مباح ليس هو فى معنى ما أبيح قتله . فلا يلزم من تخصيصه تخصيص ما ليس فى معناه ،

وقول الخرقى « وكل ما عدا عليه وآذاه » يحتمل أنه أراد ما يبدأ المحرم فيعدو عليه فى نفسه أو ماله . فهذا لا جناح على قاتله . سواء كان من جنس طبعه الأذى

أو لم يكن . قال ابن المنذر . أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن السبع إذا بدأ المحرم فقتله لا شيء عليه . ويحتمل أنه أراد ما كان طبعه الأذى والعدوان وإن لم يوجد منه أذى فى الحال . قال مالك : الكلب العقور ما عقر الناس وعدا عليهم ، مثل الأسد والنمر والفهد والذئب . فعلى هذا يباح كل ما فيه أذى للناس فى أنفسهم أو فى أموالهم ، مثل سباع البهائم كلها المحرم أكلها وجوارح الطير كالبازى والعقاب والصقر والشاهين ونحوها والحشرات المؤذية والزنبور والبق والبعوض والبراغيث والذباب . وبهذا قال الشافعى وقال أصحاب الرأى ، يقتل ما جاء فى الخبر والذئب قياساً عليه :

ولنا : أن الخبر نص من كل جنس على صورة من أدناه تنبيها على ما هو أعلى منها . ودلالة على ما كان فى معناها ، فنصه على الحدأة والغراب تنبيه على البازى ونحوه . وعلى الفأرة تنبيه على الحشرات ، وعلى العقرب تنبيه على الحية » وعلى الكلب العقور تنبيه على السباع التى هى أعلى منه . ولأن ما لا يضمن بمثله ولا بقيمته لا يضمن كالحشرات .

(فصل) وما لا يؤذى بطبعه ولا يؤكل كالرخم والديدان . فلا أثر للحرم ولا للاحرام فيه ، ولا جزاء فيه إن قتله . وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : يحرم قتلها . وإن قتلها فداها . وكذلك كل سبع لا يعدو على الناس . وإذا وطىء الذباب والنمل أو الذر أو قتل الزنبور تصدق بشيء من الطعام .

ولنا : أن الله تعالى إنما أوجب الجزاء فى الصيد . وليس هذا بصيد . قال بعض أهل اللغة : الصيد ما جمع ثلاثة أشياء . فيكون مباحاً وحشياً ممتنعاً . ولأنه لا مثل له ولا قيمة . والضمان إنما يكون بأحد هذين الشيئين . وروى عن عمر « أنه قرد بعيره بالسقيا وهو محرم » ومعناه . أنه نزع القراد عنه ورماه ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء . وروى أن ابن عباس قال لعكرمة وهو محرم « قرد البعير . فكره ذلك . فقال : قم فانحره فنحره . فقال له ابن عباس : لا أم لك . كم قتلت فيها من قراد وحلمة وحمنانة ؟ يعنى كبار القراد » رواه كله سعيد .

(فصل) ولا تأثير للاحرام ولا للحرم فى تحريم شيء من الحيوان الأهلى

كبهيمة الأنعام ونحوها . لأنه ليس بصيد ، وإنما حرم الله تعالى الصيد : وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يذبح البدن في إحرامه في الحرم يتقرب إلى الله سبحانه بذلك وقال : « أفضل الحج : العج والثج » يعني إسالة الدماء بالذبح والنحر . وليس في هذا اختلاف .

(فصل) ويحل للمحرم صيد البحر لقوله تعالى (٥ : ٩٦ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة) قال ابن عباس وابن عمر « طعامه ما ألقاه » وعن ابن عباس « طعامه ملحه » وعن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير « طعامه الملح . وصيده ما اصطدنا ، وأجمع أهل العلم على أن صيد البحر مباح للمحرم اصطياده وأكله وبيعه وشراؤه ، وصيد البحر : الحيوان الذي يعيش في الماء ويبيض فيه ويفرخ فيه ، كالسمك والسلحفاة والسرطان ونحو ذلك : وحكي عن عطاء فيما يعيش في البر مثل السلحفاة والسرطان ، فأشبه طير الماء .

ولنا : أنه يبيض في الماء ويفرخ فيه ، فأشبه السمك ، فأما طير الماء ، كالبط ونحوه فهو من صيد البر في قول عامة أهل العلم ، وفيه الجزاء ، وحكي عن عطاء ، أنه قال : حيث يكون أكثر فهو صيده وقول عامة أهل العلم أولى ، لأنه يبيض في البر ويفرخ فيه ، فكان من صيد البر كسائر طيره ، وإنما إقامته في البحر لطلب الرزق والمعيشة منه كالصياد ، فإنه كان جنس من الحيوان نوع منه في البحر ونوع في البر كالسلحفاة فلكل نوع حكم نفسه كالبقر منها الوحشي محرم والأهلي مباح

« مسألة » قال (وصيد الحرم حرام على الحلال والمحرم)

الأصل في تحريم صيد الحرم : النص والإجماع . أما النص ، فما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة « إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض ، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة ، وإنه لم يحل القتال فيه لأحد قبلي ولم يحل لي إلا ساعة من نهار ، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة ، لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شوكها ، ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطتها إلا من عرفها ، فقال العباس : يا رسول الله إلا الأذخر . فإنه لقينهم وبيوتهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إلا الأذخر » متفق عليه ، وأجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم على الحلال والمحرم .

(فصل) وفيه الجزاء على من يقتله ، ويجزى بمثل مايجزى به الصيد فىالإحرام ، وحكى عن داود : أنه لا جزاء فيه . لأن الأصل براءة الذمة . ولم يرد فيه نص فيبقى بحاله .

ولنا : أن الصحابة رضى الله عنهم قضوا فى حمام الحرم بشاة شاة . روى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس . ولم ينقل عن غيرهم خلافهم . فيكون إجماعاً . ولأنه صيد ممنوع منه لحق الله تعالى . أشبه الصيد فى حق المحرم .

(فصل) وما يحرم ويضمن فى الإحرام يحرم ويضمن فى الحرم ، وما لا فلا إلا شيئين .

أحدهما : القمل ، مختلف فى قتله فىالإحرام . وهو مباح فى الحرم بلااختلاف لأنه حرم فى الإحرام للترفه بقتله وإزالته لا لحرمته . ولا يحرم الترفه فى الحل . فأشبه ذلك قص الشعر وتقليم الظفر .

الثانى : صيد البحر . مباح فى الإحرام بغير خلاف . ولا يحل صيده من آبار الحرم وعيونه . وكرهه جابر بن عبدالله . لعموم قوله عليه السلام « لا ينفر صيدها » ولأن الحرمة تثبت للصيد لحرمة المكان . وهو شامل لكل صيد . ولأنه صيد غير مؤذ . فأشبه الظباء . وعن أحمد رواية أخرى : أنه مباح . لأن الإحرام لا يحرمه . فأشبه السباع والحيوان الأهلى .

(فصل) ويضمن صيد الحرم فى حق المسلم والكافر والكبير والصغير والحر والعبد ، لأن الحرمة تعلقت بمحله بالنسبة إلى الجميع فوجب ضمانه كالآدمى .

(فصل) ومن ملك صيداً فى الحل فأدخله الحرم لزمه رفع يده عنه وإرساله ، فإن تلف فى يده أو أتلفه فعليه ضمانه . كصيد الحل فى حق المحرم ، وقال عطاء : إن ذبحه فعليه الجزاء . وروى ذلك عن ابن عمر ، وممن كره إدخال الصيد الحرم : ابن عمر وابن عباس وعائشة وعطاء وطاوس وإسحاق وأصحاب الرأى ، ورخص فيه جابر بن عبد الله ، ورويت عنه الكراهة له ، أخرجه سعيد ، وقال هشام ابن عروة : كان ابن الزبير تسع سنين يراها فى الأقفاص وأصحاب النبى صلى الله عليه وسلم لا يرون به بأساً ، ورخص فيه سعيد بن جبير ومجاهد ومالك والشافعى

وأبو ثور وابن المنذر ، لأنه ملكه خارجاً وحل له التصرف فيه ، فجاز له ذلك فى الحرم كصيد المدينة إذا أدخله حرمها .

ولنا : أن الحرم سبب محرم للصيد ويوجب ضمانه . فحرم استدامة إمساكه كالإحرام ولأنه صيد ذبحه فى الحرم ، فلزمه جزاؤه كما لو صاده منه . وصيد المدينة لا جزاء فيه بخلاف صيد الحرم .

(فصل) ويضمن صيد الحرم بالدلالة والإشارة ، كصيد الإحرام والواجب عليهما جزاء واحد . نص عليه أحمد . وظاهر كلامه : أنه لا فرق بين كون الدال فى الحل أو الحرم ، وقال القاضى . لا جزاء على الدال إذا كان فى الحل ، والجزاء على المدلول وحده ، كالحلال إذا دل محرماً على صيده .

ولنا : أن قتل الصيد الحرمى حرام على الدال ، فيضمنه بالدلالة كما لو كان فى الحرم، يحققه أن صيد الحرم محرم على كل أحد ، لقوله عليه السلام «لا ينفر صيدها» وفى لفظ « لا يصاد صيدها » وهذا عام فى حق كل واحد ، ولأن صيد الحرم معصوم بمحله ، فحرم قتله عليهما كالملتجىء إلى الحرم ، وإذا ثبت تحريمه عليهما فيضمن بالدلالة بمن يحرم عليه قتله كما يضمن بدلالة المحرم عليه .

(فصل) وإذا رمى الحلال من الحل صيداً فى الحرم فقتله ، أو أرسل كلبه عليه فقتله أو قتل صيداً على فرع فى الحرم أصله فى الحل ضمنه ، وبهذا قال الثورى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : لا جزاء عليه فى جميع ذلك ، لأن القاتل حلال فى الحل ، وهذا لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا ينفر صيدها » ولم يفرق بين من هو فى الحل والحرم ، وقد أجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم ، وهذا من صيده ، ولأن صيد الحرم معصوم بمحله بحرمة الحرم ، فلا يختص تحريمه بمن فى الحرم ، وكذلك الحكم إن أمسك طائراً فى الحل فهلك فراخه فى الحرم ضمن الفراخ ، لما ذكرنا ، ولا يضمن الأم ، لأنها من صيد الحل وهو حلال ، وإن انعكست الحال ، فرمى من الحرم صيداً فى الحل أو أرسل كلبه عليه ، أو قتل صيداً على غصن فى الحل أصله فى الحرم ، أو أمسك حمامة فى الحرم فهلك فراخها فى الحل ، فلا ضمان عليه

كما فى الحل ، قال أحمد فيمن أرسل كلبه فى الحرم فصاد فى الحل : فلا شىء عليه ، وحكى عنه رواية أخرى فى جميع الصور : يضمن ، وعن الشافعى : ما يدل عليه ، وذهب الثورى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر فيمن قتل طائراً على غصن فى الحل أصله فى الحرم لا جزاء عليه . وهو ظاهر قول أصحاب الرأى ، وقال ابن الماجشون وإسحق : عليه الجزاء ، لأن الغصن تابع للأصل وهو فى الحرم .

ولنـا : أن الأصل حل الصيد فحرم صيد الحرم بقوله عليه السلام « لا ينفر صيدها » وبالإجماع ، فبقى ما عداه على الأصل ، ولأنه صيد حل صاده حلال ، فلم يحرم كما لو كانا فى الحل . ولأن الجزاء إنما يجب فى صيد الحرم أو صيد المحرم وليس هذا بواحد منهما .

(فصل) فإن كان الصيد والصائد فى الحل فرمى الصيد بسهمه أو أرسل عليه كلبه فدخل الحرم ثم خرج فقتل الصيد فى الحل فلا جزاء فيه ، وبهذا قال أصحاب الرأى وأبو ثور وابن المنذر ، وحكى أبو ثور عن الشافعى : أن عليه الجزاء .

ولنـا : ما ذكرناه . قال القاضى . لا يزيد سهمه على نفسه . ولو عدا بنفسه فسلك الحرم فى طريقه ثم قتل صيداً فى الحل لم يكن عليه شىء ، فسهمه أولى .

(فصل) وإن رمى من الحل صيداً فى الحل فقتل صيداً فى الحرم فعليه جزاؤه ، وبهذا قال الثورى وإسحق وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : لا جزاء عليه وليس بصحيح . لأنه قتل صيداً حرمياً ، فلزمه جزاؤه كما لو رمى حجراً فى الحرم فقتل صيداً ، يحققه : إن الخطأ كالعمد فى وجوب الجزاء . وهذا لا يخرج عن كونه واحداً منهما ، فأما إن أرسل كلبه على صيد فى الحل فدخل الكلب الحرم فقتل صيداً آخر لم يضمنه . وهذا قول الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وأبى ثور وابن المنذر . لأنه لم يرسل الكلب على ذلك الصيد . وإنما دخل باختيار نفسه . فهو كما لو استرسل بنفسه من غير إرسال . وإن أرسله على صيد فدخل الصيد الحرم ودخل الكلب خلفه فقتله فى الحرم فكذلك . نص عليه أحمد وهو قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر . وقال عطاء وأبو حنيفة وصاحباه : عليه الجزاء . لأنه قتل صيداً حرمياً بإرسال كلبه عليه فضمنه ، كما لو قتله بسهمه ، واختاره أبو بكر عبد العزيز

وحكى صالح عن أحمد أنه قال : إن كان الصيد قريباً من الحرم ضمنه لأنه فرط بإرساله فى موضع يظهر أنه يدخل الحرم ، وإن كان بعيداً لم يضمن لعدم التفريط. وهذا قول مالك .

ولنا : أنه أرسل الكلب على صيد مباح فلم يضمن ، كما لو قتل صيداً سواه . وفارق السهم . لأن الكلب له قصد واختيار . ولهذا يسترسل بنفسه ويرسله إلى جهة فيمضى إلى غيرها والسهم بخلافه .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يأكل الصيد فى هذه المواضع كلها ، ضمنه أو لم يضمنه . لأنه صيد حرمى قتل فى الحرم فحرم كما لو ضمنه . ولأننا إذا قطعنا فعل الآدمى صار كأن الكلب استرسل بنفسه فقتله ، ولكن لو رمى الحلال من الحل صيداً فى الحل فجرحه وتحامل الصيد فدخل الحرم فمات فيه حل أكله ولا جزاء فيه . لأن الذكاة حصلت فى الحل . فأشبه ما لو جرح صيداً ثم أحرم فمات الصيد بعد إحرامه ويكره أكله لموته فى الحرم .

(فصل) وإن وقف صيد بعض قوائمه فى الحل وبعضها فى الحرم فقتله قاتل ضمنه تغليباً للحرم . وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى : وإن نفر صيداً من الحرم فأصابه شىء فى حال نفوره ضمنه . لأنه تسبب إلى إتلافه . فأشبه ما لو تلف بشركه أو بشبكته . وإن سكن من نفوره ثم أصابه شىء فلا شىء على من نفره . نص عليه أحمد وهو قول الثورى . لأنه لم يسكن سبباً لإتلافه . وقد روى عن عمر « أنه وقعت على ردائه حمامة فأطارها . فوقعت على واقف فانتهزتها حية . فاستشار فى ذلك عثمان ونافع بن عبد الحارث . فحكما عليه بشاة » وهذا يدل على أنهم رأوا عليه الضمان بعد سكونه ، لكن لو انتقل عن المكان الثانى فأصابه شىء فلا ضمان عليه لأنه خرج عن المكان الذى طرد إليه . وقول الثورى وأحمد إنما يدل على هذا ، لأن سفيان قال : إذا طردت فى الحرم شيئاً فأصاب شيئاً قبل أن يقع أو حين وقع ضمنت . وإن وقع من ذلك المكان إلى مكان آخر فليس عليك شىء . فقال أحمد جيد .

« مسألة » قال (وكذلك شجره ونباته ، إلا الأذخر وما زرعه الإنسان) .

أجمع أهل العلم على تحريم قطع شجر الحرم وإباحة أخذ الأذخر وما أنبته الآدمى من البقول والزروع والرياحين . حكى ذلك ابن المنذر . والأصل فيه : ما روينا من حديث ابن عباس ، وروى أبو شريح وأبو هريرة نحواً من حديث ابن عباس وكلها متفق عليها ، وفى حديث أبى هريرة « ألا وإنها ساعتى هذه حرام ، لا يختلى شوكها ، ولا يعضد شجرها ، وفى حديث أبى شريح أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح قال « إن مكة حرمها الله ولم يحرمها الناس فلا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ، ولا يعضد بها شجرة » وروى الأثرم حديث أبى هريرة فى سننه وفيه « لا يعضد شجرها ولا يحتش حشيشها ولا يصاد صيدها » فأما ما أنبته الآدمى من الشجر فقال أبو الخطاب وابن عقيل : له قلعه من غير ضمان كالزرع . وقال القاضى : ما نبت فى الحل ثم غرس فى الحرم فلا جزاء فيه ، وما نبت أصله فى الحرم ففيه الجزاء بكل حال وقال الشافعى : فى شجر الحرم الجزاء بكل حال ، أنبته الآدميون أو نبت بنفسه . لعموم قوله عليه السلام « لا يعضد شجرها » ولأنها شجرة نابتة فى الحرم . أشبه ما لم ينبته الآدميون ، وقال أبو حنيفة : لا جزاء فيما ينبت الآدميون جنسه كالجوز واللوز والنخل ونحوه . ولا يجب فيما ينبته الآدمى من غيره كالدوح والسلم والعضاه . لأن الحرم يختص تحريمه ما كان وحشيا من الصيد كذلك الشجر . وقول الخرقى « وما زرعه الإنسان » يحتمل اختصاصه بالزرع دون الشجر فيكون كقول الشافعى ويحتمل أن يعم جميع مايزرع فيدخل فيه الشجر كله . ويحتمل أن يريد ما ينبت الآدميون جنسه والأولى الأخذ بعموم الحديث فى تحريم الشجر ، بقوله عليه السلام « لا يعضد شجرها » إلا ما أنبته الآدمى من جنس شجرهم بالقياس على ما أنبتوه من الزرع ، والأهلى من الحيوان . فإننا إنما أخرجنا من الصيد ما كان أصله إنسياً دون ما تأنس من الوحشى كذا ههنا .

(فصل) ويحرم قطع الشوك والعوسج . وقال القاضى وأبو الخطاب : لا يحرم وروى ذلك عن عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار . والشافعى . لأنه يؤذى بطبعه فأشبه السباع من الحيوان .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يعضد شجرها » وفى حديث أبي هريرة « لا يختلى شوكها » وهذا صريح . ولأن الغالب فى شجر الحرم الشوك . فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم قطع شجرها والشوك غالبه كان ظاهراً فى تحريمه .

(فصل) ولا بأس بقطع اليابس من الشجر والحشيش . لأنه بمنزلة الميت ولا بقطع ما انكسر . ولم يبن . لأنه قد تلف فهو بمنزلة الظفر المنكسر ولا بأس بالانتفاع بما انكسر من الأغصان وانقلع من الشجر بغير فعل آدمى ولا ما سقط من الورق نص عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافا . لأن الخبر إنما ورد فى القطع وهذا لم يقطع : فأما إن قطعه آدمى فقال أحمد : لم أسمع إذا قطع ينتفع به . وقال فى الدوحة تقلع : من شبهه بالصيد لم ينتفع بحطبها . وذلك لأنه ممنوع من إتلافه لحرمة الحرم فإذا قطعه من يحرم عليه قطعه لم ينتفع به كالصيد يذبحه المحرم . ويحتمل أن يباح لغير القاطع الانتفاع به . لأنه انقطع بغير فعله ، فأبيح لهم الانتفاع به كما لو قطعه حيوان بهيمى . ويفارق الصيد الذى ذبحه . لأن الذكاة تعتبر لها الأهلية . ولهذا لا يحصل بفعل بهيمة بخلاف هذا .

(فصل) وليس له أخذ ورق الشجر . وقال الشافعى : له أخذه . لأنه لا يضر به . وكان عطاء يرخص فى أخذ ورق السنا يستمشى به ولا ينزع من أصله . ورخص فيه عمرو بن دينار .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخبط شوكها ولا يعضد شجرها » رواه مسلم . ولأن ما حرم أخذه حرم كل شىء منه كريش الطائر . وقولهم لا يضر به لا يصح فإنه يضعفها . وربما آل إلى تلفها .

(فصل) ويحرم قطع حشيش الحرم إلا مااستثناه الشرع من الأذخر وماأنبته الآدميون واليابس . لقوله عليه السلام « لا يختلى خلاها » وفى لفظ « لا يحتش حشيشها » وفى استثناء النبي صلى الله عليه وسلم الإذخر دليل على تحريم ما عداه وفى جواز رعيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز . وهو مذهب أبي حنيفة . لأن ما حرم إتلافه لم يجز أن يرسل عليه ما يتلفه كالصيد .

(والثانى) يجوز، وهو مذهب عطاء والشافعى. لأن الهدى كانت تدخل الحرم فتكثر فيه. فلم ينقل أنه كانت تسد أفواهها. ولأن بهم حاجة إلى ذلك. أشبه قطع الأذخر

(فصل) ويباح أخذ الكمأة من الحرم وكذلك الفقع، لأنه لا أصل له. فأشبه الثمرة. وروى حنبل قال: يؤكل من شجر الحرم الضغابيس والعشرق وما سقط من الشجر وما أنبت الناس.

(فصل) ويجب فى إتلاف الشجر وحشيش الضمان. وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى. وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء. وقال مالك وأبو ثور وداود وابن المنذر: لا يضمن. لأن المحرم لا يضمنه فى الحل فلا يضمن فى الحرم كالزرع. وقال ابن المنذر: لا أجد دليلا أوجب به فى شجر الحرم فرضا من كتاب ولا سنة ولا إجماع. وأقول كما قال مالك: نستغفر الله تعالى.

ولنا: ما روى أبو هشيمة قال «رأيت عمر بن الخطاب أمر بشجر كان فى المسجد يضر بأهل الطواف فقطع. وفدى قال: وذكر البقرة» رواه حنبل فى المناسك. وعن ابن عباس أنه قال فى الدوحة: بقره. وفى الجزلة. شاة. والدوحة الشجرة العظيمة: والجزلة: الصغيرة. وعن عطاء نحوه. ولأنه ممنوع من إتلافه لحرمة الحرم. فكان مضموناً كالصيد ويخالف المحرم. فإنه لا يمنع من قطع شجر الحل ولا زرع الحرم.

إذا ثبت هذا، فإنه يضمن الشجرة الكبيرة ببقرة. والصغيرة بشاة، والحشيش بقيمته والغصن بما نقص. وبهذا قال الشافعى وقال أصحاب الرأى: يضمن الكل بقيمته، لأنه لا مقدر فيه، فأشبه الحشيش.

ولنا. قول ابن عباس وعطاء: ولأنه أحد نوعى ما يحرم إتلافه. فكان فيه ما يضمن بمقدر كالصيد فإن قطع غصناً أو حشيشاً فاستخلف احتمل سقوط ضمانه كما إذا جرح صيداً فاندمل، أو قطع شعر آدمى فنبت، واحتمل أن يضمنه. لأن الثانى غير الأول.

(فصل) ومن قلع شجرة من الحرم فغرسها فى مكان آخر فيبست ضمنها.

لأنه أتلفها ، وإن غرسها فى مكان من الحرم فنبتت لم يضمنها . لأنه لم يتلفهـا ولم يزل حرمتها ، وإن غرسها فى الحل فنبتت فعليـه ردها إليه . لأنه أزال حرمتها . فإن تعذر ردها أوردها فيبست ضمنها . وإن قلعها غيره من الحل ، فقال القاضى : الضمان على الثانى لأنه المتلف لها .

فإن قيل : فلم لا يجب على المخرج كالصـيد إذا نفره من الحرم فقتله إنسان فى الحل فإن الضمان على المنفر ؟

قلنا . الشجر لا ينتقل بنفسه ولا تزول حرمته بإخراجه . ولهذا وجب على قالعه رده ، والصيد يكون فى الحرم تارة وفى الحل أخرى ، فمن نفره فقد فوت حرمته ، فلزمه جزاؤه ، وهذا لم يفوت حرمته بالإخراج فكان الجزاء على متلفه ، لأنه أتلف شجراً حرمياً محرماً إتلافه .

(فصـل) وإذا كانت شجرة فى الحرم وغصنها فى الحل فعلى قاطعه الضمان ، لأنه تابع لأصـــله ، وإن كانت فى الحل وغصنها فى الحرم فقطعه . ففيه وجهان :

أحدهما : لا ضمان فيه . وهو قول القاضى أبى يعلى ، لأنه تابع لأصله كالتى قبلها .

والثانى : يضمنه ، اختاره ابن أبى موسى ، لأنه فى الحرم . فإن كان بعض الأصل فى الحل وبعضه فى الحرم ضمن الغصن بكل حال ، سواء كان فى الحل أو فى الحرم ، تغليباً لحرمة الحرم . كما لو وقف صيد بعض قوائمه فى الحل وبعضها فى الحرم .

(فصل) ويحرم صيد المدينة وشجرها وحشيشها ، وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة : لا يحرم ، لأنه لو كان محرماً لبينه النبى صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ، ولوجب فيه الجزاء كصيد الحرم .

ولنا : ما روى على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المدينة حرم ، ما بين ثور إلى عير » متفق عليه . وروى تحريم المدينة أبو هريرة ورافع وعبد الله بن زيد متفق على أحاديثهم ، ورواه مسلم عن سعد وجابر وأنس ، وهذا

يدل على تعميم البيان . وليس هو فى الدرجة دون أخبار تحريم الحرم ، وقد قبلوه أثبتوا أحكامه ، على أنه ليس بممتنع أن يبنه بيانا خاصاً ، أو يبنه بياناً عاماً ، فينقل نقلاخاصاً ، كصفة الأذان والوتر والإقامة .

(فصل) وحرم المدينة : مابين لابتيها . لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مابين لابتيها حرام » وكان أبو هريره يقول « لو رأيت الظباء ترتع بالمدينة ماذعرتها » متفق عليه . واللابة : الحرة . وهى أرض فيها حجارة سود . قال أحمد مابين لابتيها حرام. بريد فى بريد . كذا فسره مالك بنأنس. وروى أبو هريرة (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل حول المدينة اثنى عشر ميلا حمى » رواه مسلم . فأما قوله « مابين ثور إلى عير » فقال أهل العلم بالمدينة : لانعرف ثورا ولا عيرا . وإنما هما جبلان بمكة . فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم أراد قدر مابين ثور وعير . ويحتمل أنه أراد جبلين بالمدينة وسماها ثورا وعيرا تجوزا .

(فصل) فمن فعل مما حرم عليه شيئا ففيه روايتان .

إحداهما : لا جزاء فيه . وهذا قول أكثر أهل العلم ، وهو قول مالك والشافعى فى الجديد . لأنه موضع يجوز دخوله بغير إحرام . فلم يجب فيه جزاء كصيد وج .

والثانى : يجب فيه الجزاء . روى ذلك عن ابن أبى ذئب . وهو قول الشافعى . فى القديم وابن المنذر . لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إنى أحرم المدينة مثل ماحرم ابراهيم مكة » ونهى أن يعضد شجرها ويؤخذ طيرها . فوجب فى هذا الحرم الجزاء ، كما وجب فى ذلك ، إذ لم يظهر بينهما فرق . وجزاؤه إباحة سلب القاتل لمن أخذه . لما روى مسلم باسناده عن عامر بن سعد « أن سعدا ركب إلى قصره بالعقيق . فوجد عبدا يقطع شجرا أو يخبطه ، فسلبه ، فلما رجع سعد جاء أهل العبد فكلموه أن يرد على غلامهم أو عليهم . فقال : معاذ الله أن أرد شيئا نفلنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأبى أن يرد عليهم » وعن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ أحدا بصيد فيه فيسلبه » رواه أبو داود .

فعلى هذا : يباح لمن وجد آخذ الصيد أو قاتله أو قاطع الشجر سلبه . وهو أخذ ثيابه حتى سراويله . فان كان على دابة لم يملك أخذها . لأن الدابة ليست من السلب وإنما أخذها قاتل الكافر فى الجهاد لأنه يستعان بها على الحرب ، بخلاف مسألتنا . وإن لم يسلبه أحد فلا شيء عليه ، سوى الاستغفار والتوبة .

(فصل) ويفارق حرم المدينة حرم مكة فى شيئين :

أحدهما : أنه يجوز أن يؤخذ من شجر حرم المدينة ماتدعو الحاجة إليه للمساند والوسائد والرحل ومن حشيشها ماتدعو الحاجة اليه للعلف . لما روى الإمام أحمد عن جابر ابن عبد الله « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حرم المدينة قالوا يارسول الله إنا أصحاب عمل وأصحاب نضح وإنا لانستطيع أرضا غير أرضنا فرخص لنا فقال . القائمتان والوسادة والعارضة والمسند . فأما غير ذلك فلا يعضد ، ولا يخبط منها شيء » قال اسماعيل بن أبى أويس قال خارجة : المسند . مرود البكرة . فاستثنى ذلك وجعله مباحا كاستثناء الأذخر بمكة . وعن على عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المدينة حرام مابين عائر إلى ثور ، لايختلى خلاها ، ولا ينفر صيدها ، ولا يصلح أن يقطع منها شجرة إلا أن يعلف رجل بعيره » وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لايخبط ولايعضد حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكن يهش هشاً رفيقا » رواهما أبو داود . ولأن المدينة يقرب منها شجر وزرع فلو منعنا من احتشاشها مع الحاجة أفضى إلى الضرر ، بخلاف مكة .

الثانى : أن من صاد صيداً خارج المدينة ثم أدخله إليها لم يلزمه إرساله . نص عليه أحمد . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول « يا أبا عمير ، مافعل النغير ؟ » وهو طائر صغير . فظاهر هذا أنه أباح إمساكه بالمدينة إذ لم ينكر ذلك . وحرمة مكة أعظم من حرمة المدينة ، بدليل أنه لايدخلها إلا محرم .

(فصل) صيد وج وشجره مباح . وهو واد بالطائف ، وقال أصحاب الشافعى هو محرم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « صيد وج وعضاهها محرم » رواه أحمد فى المسند

ولنا : الأصل الإباحة ، والحديث ضعيف ضعفه أحمد ، ذكره أبو بكر الخلال فى كتاب العلل

« مسألة » قال (وإن حصر بعدو نحر ما معه من الهدى وحل)

أجمع أهل العلم على أن المحرم إذا حصره عدو من المشركين أو غيرهم فمنعوه الوصول إلى البيت ولم يجد طريقا آمنا فله التحلل . وقد نص الله تعالى عليه بقوله (٢ : ١٩٥ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر أصحابه يوم حصروا فى الحديبية أن ينحروا ويحلقوا ويحلوا » وسواء كان الإحرام بحج أو عمرة أو بهما فى قول إمامنا وأبى حنيفة والشافعى ، وحكى عن مالك : أن المعتمر لا يتحلل ، لأنه لا يخاف الفوات ، وليس بصحيح . لأن الآية إنما نزلت فى حصر الحديبية ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه محرمين بعمرة فحلوا جميعاً .

وعلى من تحلل بالإحصار : الهدى فى قول أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك ليس عليه هدى ، لأنه تحلل أبيح له من غير تفريط . أشبه من أتم حجه . وليس بصحيح . لأن الله تعالى قال (٢ : ١٩٥ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) قال الشافعى : لا خلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت فى حصر الحديبية . ولأنه أبيح له التحلل قبل إتمام نسكه . فكان عليه الهدى كالذى فاته الحج وبهذا فارق من أتم حجه .

(فصل) ولا فرق بين الحصر العام فى حق الحاج كله وبين الخاص فى حق شخص واحد ، مثل أن يحبس بغير حق أو أخذته اللصوص وحده . لعموم النص ووجود المعنى فى الكل . فأما من حبس بحق عليه يمكنه الخروج منه لم يكن له التحلل . لأنه لا عذر له فى الحبس ، وإن كان معسراً به عاجزاً عن أدائه فحبسه بغير حق فله التحلل كما ذكرنا ، وإن كان عليه دين مؤجل يحل قبل قدوم الحاج فمنعه صاحبه من الحج فله التحلل أيضاً . لأنه معذور . ولو أحرم العبد بغير إذن سيده أو المرأة للتطوع بغير إذن زوجها فلهما منعهما . وحكمهما حكم المحصر .

(فصل) فإن أمكن المحصر الوصول من طريق أخرى لم يبح له التحلل . ولزمه سلوكها ، بعدت أو قربت ، خشى الفوات أو لم يخشه ، فان كان محرماً بعمرة لم يفت . وإن كان بحج ففاته تحلل بعمرة ، وكذا لو لم يتحلل المحصر حتى خلى

عنه لزمه السعي . وإن كان بعد فوات الحج ليتحلل بعمرة ثم هل يلزمه القضاء إن فاته الحج ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يلزمه ، كمن فاته بخطأ الطريق .

والثانية : لا تجب لأن سبب الفوات الحصر . أشبه من لم يجد طريقاً أخرى بخلاف المخطىء .

(فصل) فأما من لم يجد طريقاً أخرى فتحلل فلا قضاء عليه ، إلا أن يكون واجباً يفعله بالوجوب السابق فى الصحيح من المذهب ، وبه قال مالك والشافعى . وعن أحمد : أن عليه القضاء . روى ذلك عن مجاهد وعكرمة والشعبي ، وبه قال أبو حنيفة لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تحلل زمن الحديبية قضى من قابل وسميت عمرة القضية . ولأنه حل من إحرامه قبل إتمامه فلزمه القضاء ، كما لو فاته الحج .

ووجه الأولى أنه تطوع جاز التحلل منه مع صلاح الوقت له ، فلم يجب قضاؤه ، كما لو دخل فى الصوم يعتقد أنه واجب فلم يكن ، فأما الخبر فإن الذين صدوا كانوا ألفاً وأربعمائة ، والذين اعتمروا مع النبي صلى الله عليه وسلم كانوا نفراً يسيراً . ولم ينقل إلينا أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أحداً بالقضاء وأما تسميتها عمرة القضية فإنما يعنى بها القضية التى اصطلحوا عليها واتفقوا عليها . ولو أرادوا غير ذلك لقالوا عمرة القضاء . ويفارق الفوات فإنه مفرط بخلاف مسألتنا .

(فصل) وإذا قدر المحصر على الهدى فليس له الحل قبل ذبحه . فإن كان معه هدى قد ساقه أجزأه وإن لم يكن معه لزمه شراؤه إن أمكنه . ويجزئه أدنى الهدى، وهو شاة أو سبع بدنة . لقوله تعالى (٢ : ١٥٩ فما استيسر من الهدى) وله نحره فى موضع حصره من حل أو حرم . نص عليه أحمد . وهو قول مالك والشافعى إلا أن يكون قادراً على أطراف الحرم ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه نحره فيه . لأن الحرم كله منحر وقد قدر عليه .

والثانى : ينحره فى موضعه . لأن النبى صلى الله عليه وسلم نحر هديه فى موضعه . وعن أحمد : ليس للمحصر نحر هديه إلا فى الحرم ، فيبعثه ويواطىء رجلا على نحره فى وقت يتحلل فيه ، وهذا يروى عن ابن مسعود فيمن لدغ فى الطريق .

وروى نحو ذلك عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء ، وهذا والله أعلم فيمن كان حصره خاصاً . وأما الحصر العام فلا ينبغي أن يقوله أحد . لأن ذلك يفضي إلى تعذر الحل لتعذر وصول الهدى إلى محله . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه نحروا هداياهم فى الحديبية . وهي من الحل . قال البخارى قال مالك وغيره « إن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه حلقوا وحلوا من كل شيء قبل الطواف ، وقبل أن يصل الهدى إلى البيت » ولم يذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أحداً أن يقضى شيئاً . ولا أن يعودوا له . وروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه عند الشجرة التي كانت تحتها بيعة الرضوان » وهي من الحل باتفاق أهل السيرة والنقل . قال الله تعالى (٤٨ : ٢٥ والهدى معكوفاً أن يبلغ محله) ولأنه موضع حله . فكان موضع نحره كالحرم . وسائر الهدايا يجوز للمحصر نحرها فى موضع تحلله .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى (٢ : ١٩٦ ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) وقال (٢٢ : ٢٣ ثم محلها إلى البيت العتيق) ولأنه ذبح يتعلق بالإحرام فلم يجز فى غير الحرم كدم الطيب واللباس .

قلنا : الآية فى حق غير المحصر . ولا يمكن قياس المحصر عليه . لأن تحلل المحصر فى الحل وتحلل غيره فى الحرم . فكل منهما ينحر فى موضع تحلله . وقيل فى قوله (٢ : ١٩٦ حتى يبلغ الهدى محله) أى حتى يذبح ، وذبحه فى حق المحصر فى موضع حله اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل) ومتى كان المحصر محرماً بعمرة فله التحلل ونحر هديه وقت حصره . لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه زمن الحديبية حلوا ونحروا هداياهم بها قبل يوم النحر ، وإن كان مفرداً أو قارناً فكذلك فى إحدى الروايتين . لأن الحج أحد النسكين . فجاز الحل منه ونحر هديه وقت حصره كالعمرة ، ولأن العمرة لا تفوت وجميع الزمان وقت لها ، فإذا جاز الحل منها ونحر هديها من غير خشية فواتها . فالحج الذى يخشى فواته أولى .

والرواية الثانية : لا يحل ولا ينحر هديه إلى يوم النحر . نص عليه فى رواية

الأثرم وحنبل . لأن للهدى محل زمان ومحل مكان ، فإذا عجز عن محل المكان فسقط بقى محل الزمان واجباً لإمكانه ، وإذا لم يجز له نحر الهدى قبل يوم النحر لم يجز التحلل لقوله سبحانه (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) .

وإذا قلنا بجواز التحلل قبل يوم النحر فالمستحب له مع ذلك الإقامة مع إحرامه رجاء زوال الحصر ، فمتى زال قبل تحلله فعليه المضى لإتمام نسكه بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر : قال كل من أحفظ عنه من أهل العلم : إن من يئس أن يصل إلى البيت فجاز له أن يحل فلم يفعل حتى خلى سبيله إن عليه أن يقضى مناسكه ، وإن زال الحصر بعد فوات الحج تحلل بعمل عمرة . فإن فات الحج قبل زوال الحصر تحلل بهدى ، وقيل : عليه ههنا هديان : هدى للفوات ، وهدى للاحصار ، ولم يذكر أحمد فى رواية الأثرم هدياً ثانياً فى حق من لا يتحلل إلا يوم النحر .

(فصل) فإن أحصر عن البيت بعد الوقوف بعرفة فله التحلل . لأن الحصر يفيده التحلل من جميعه فأفاد التحلل من بعضه ، وإن كان ما حصر عنه ليس من أركان الحج كالرمى وطواف الوداع والمبيت بمزدلفة أو بمنى فى لياليها . فليس له التحلل . لأن صحة الحج لا تقف على ذلك . ويكون عليه دم لتركه ذلك . وحجه صحيح ، كما لو تركه من غير حصر ، وإن أحصر عن طواف الإفاضة بعد رمى الجمرة فليس له أن يتحلل أيضاً . لأن إحرامه إنما هو عن النساء . والشرع إنما ورد بالتحلل من الإحرام التام الذى يحرم جميع محظوراته . فلا يثبت بما ليس مثله ، ومتى زال الحصر أتى بالطواف وقد تم حجه .

(فصل) فأما من يتمكن من البيت ويصد عن عرفة فله أن يفسخ نية الحج ويجعله عمرة . ولا هدى عليه . لأننا أبحنا له ذلك من غير حصر فمع الحصر أولى ، فإن كان قد طاف وسعى للقدوم ثم أحصر ، أو مرض حتى فاته الحج تحلل بطواف وسعى آخر . لأن الأول لم يقصد به طواف العمرة ولا سعيها . وليس عليه أن يجدد إحراماً ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وقال الزهرى : لا بد أن يقف بعرفة وقال محمد بن الحسن : لا يكون محصراً بمكة ، وروى ذلك عن أحمد ، فإن فاته الحج فحكمه حكم من فاته بغير حصر ، وقال مالك : يخرج إلى الحل ويفعل ما يفعل المعتمر ، فإن أحب أن يستنيب من يتمم عنه أفعال الحج جاز فى التطوع،

لأنه جاز أن يستنيب فى جملته فجاز فى بعضه ، ولا يجوز فى حج الفرض إلا إن يئس من القدرة عليه فى جميع العمر كما فى الحج كله

(فصل) وإذا تحلل المحصر من الحج فزال الحصر وأمكنه الحج لزمه ذلك إن كانت حجة الإسلام أو قلنا بوجوب القضاء ، أو كانت الحجة واجبة فى الجملة ، لأن الحج يجب على الفور ، وإن لم تكن الحجة واجبة ولا قلنا بوجوب القضاء فلا شيء عليه كمن لم يحرم .

(فصل) وإن أحصر فى حج فاسد فله التحلل ، لأنه إذا أبيح له التحلل فى الحج الصحيح فالفاسد أولى ، فإن حل ثم زال الحصر وفى الوقت سعة . فله أن يقضى فى ذلك العام ، وليس يتصور القضاء فى العام الذى أفسد الحج فيه فى غير هذه المسألة .

« مسألة » قال (فإن لم يكن معه هدى ولا يقدر عليه صام عشرة أيام ثم حل)

وجملة ذلك : أن المحصر إذا عجز عن الهدى انتقل إلى صوم عشرة أيام ثم حل ، وبهذا قال الشافعى فى أحد قوليه ، وقال مالك وأبو حنيفة : ليس له بدل ، لأنه لم يذكر فى القرآن .

ولنا : أنه دم واجب للاحرام فكان له بدل كدم التمتع والطيب واللباس ، وترك النص عليه لا يمنع قياسه على غيره فى ذلك . ويتعين الانتقال إلى صيام عشرة أيام ، كبدل هدى التمتع ؛ وليس له أن يتحلل إلا بعد الصيام ، كما لا يتحلل واجد الهدى إلا بنحره . وهل يلزمه الحلق أو التقصير مع ذبح الهدى أو الصيام ؟ ظاهر كلام الخرقى : أنه لا يلزمه ، لأنه لم يذكره ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، لأن الله تعالى ذكر الهدى وحده ولم يشترط سواه .

والثانية : عليه الحلق أو التقصير ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم حلق يوم الحديبية ، وفعله فى النسك دال على الوجوب ، ولعل هذا ينبنى على أن الحلاق نسك أو إطلاق من محظور ؛ على ما يذكر فى موضعه إن شاء الله .

(فصل) ولا يتحلل إلا بالنية مع ما ذكرنا . فيحصل الحل بشيئين : النحر ،

أو الصوم ؛ والنية إن قلنا الحلاق ليس بنسك . وإن قلنا : هو نسك حصل بثلاثة أشياء . الحلاق مع ما ذكرنا .

فإن قيل : فلم اعتبرتم النية ههنا وهى فى غير المحصر غير معتبرة ؟

قلنا : لأن من أتى بأفعال النسك فقد أتى بما عليه ؛ فيحل منها بإكمالها ، فلم يحتج إلى نيه ، بخلاف المحصور . فإنه يريد الخروج من العبادة قبل إكمالها فافتقر إلى قصده ؛ ولأن الذبح قد يكون لغير الحل ، فلم يتخصص إلا بقصده ، بخلاف الرمى . فإنه لا يكون إلا للنسك ، فلم يحتج إلى قصده .

(فصل) فإن نوى التحلل قبل الهدى أو الصيام لم يتحلل . وكان على إحرامه حتى ينحر الهدى أو يصوم ؛ لأنهما أقيما مقام أفعال الحج ؛ فلم يحل قبلهما ؛ كما لا يتحلل القادر على أفعال الحج قبلها ؛ وليس عليه فى نية الحل فدية ؛ لأنها لم تؤثر فى العبادة ؛ فإن فعل شيئاً من محظورات الإحرام قبل ذلك فعليه فديته ؛ كما لو فعل القادر ذلك قبل أفعال الحج .

(فصل) وإذا كان العدو الذى حصر الحاج مسلمين فأمكن الانصراف ، كان أولى ، من قتالهم ، لأن فى قتالهم مخاطرة بالنفس والمال وقتل مسلم ، فكان تركه أولى ، ويجوز قتالهم ، لأنهم تعدوا على المسلمين بمنعهم طريقهم ، فأشبهوا سائر قطاع الطريق ، وإن كانوا مشركين لم يجب قتالهم ، لأنه إنما يجب بأحد أمرين إذا بدأوا بالقتال ، أو وقع النفير فاحتيج إلى مدد ، وليس ههنا واحد منهما ، لكن إن غلب على ظن المسلمين الظفر بهم استحب قتالهم ، لما فيه من الجهاد وحصول النصر وإتمام النسك ، وإن غلب على ظهر ظفر الكفار فالأولى الانصراف ، لئلا يغرروا بالمسلمين ، ومتى احتاجوا فى القتال إلى لبس ماتجب فيه الصدية كالدرع والمغفر فعلوا ، وعليهم الصدية ، لان لبسهم لأجل أنفسهم فأشبه مالو لبسوا للاستدفاء من دفع برد .

(فصل) فإن أذن لهم العدو فى العبور فلم يثقوا بهم فلهم الانصراف ، لأنهم خائفون على أنفسهم ، فكأنهم لم يأمنوهم وإن وثقوا بأمانهم وكانوا معروفين بالوفاء لزمهم المضى على إحرامهم ، لأنه قد زال حصرهم ، وإن طلب العدو خفارة على تخلية الطريق وكان ممن لا يوثق بأمانه لم يلزمهم بذله ، لأن الخوف باق مع

البذل ، وإن كان موثوقاً بأمانه والخفارة كثيرة لم يجب بذله ، بـل يكره إن كان العدو كافراً ، لأن فيه صغاراً وتقوية للكفار ، وإن كانت يسيرة فقياس المذهب : وجوب بذله كالزيادة فى ثمن الماء للوضوء . وقال بعض أصحابنا : لا يجب بذل خفارة بحال . وله التحلل ، كما أنه فى ابتداء الحج لا يلزمه إذا لم يجد طريقاً آمناً من غير خفارة .

« مسألة » قال (وإن منع من الوصول إلى البيت بمرض أو ذهاب نفقة بعث بهدى إن كان معه ليذبحه بمكة ؛ وكان على إحرامه حتى يقدر على البيت) .

المشهور فى المذهب : أن من يتعذر عليه الوصول إلى البيت بغير حصر العدو من مرض أو عرج أو ذهاب نفقة ونحوه . أنه لا يجوز له التحلل بذلك . روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس ومروان . وبه قال مالك والشافعى وإسحاق ؛ وعن أحمد رواية أخرى : له التحلل بذلك . روى نحوه عن ابن مسعود . وهو قول عطاء والنخعى والثورى وأصحاب الرأى وأبى ثور . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى » رواه النسائى ؛ ولأنه محصر يدخل فى عموم قوله تعالى (٢ : ١٩٦ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) يحققه : أن لفظ « الإحصار » إنما هو للمرض ونحوه . يقال : أحصره المرض إحصاراً فهو محصر ؛ وحصره العدو حصراً فهو محصور . فيكون اللفظ صريحاً فى محل النزاع وحصر العدو مقيس عليه ؛ ولأنه مصدود عن البيت . أشبه من صده عدو .

ووجه الأولى : أنه لايستفيد بالإحلال الانتقال من حاله ولا التخلص من الأذى الذى به ، بخلاف حصر العدو ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « دخل على ضباعة بنت الزبير ، فقالت : إنى أريد الحج وأنا شاكية . فقال : حجى واشترطى أن محلى حيث حبستنى » فلو كان المرض يبيح الحل ما احتاجت إلى شرط . وحديثهم متروك الظاهر ، فإن مجرد الكسر والعرج لا يصير بها حلالا ، فإن حلوه على أنه يبيح التحلل حملناه على ما إذا اشترط الحل بذلك ، على أن فى حديثهم كلاما . فإنه يرويه ابن عباس ، ومذهبه خلافه . فإن قلنا : يتحلل فحكمه حكم من أحصر بعدو على ما مضى ، وإن قلنا : لايتحلل . فإنه يقيم على إحرامه

ويبعث ما معه من الهدى ليذبح بمكة وليس له نحره فى مكانه . لأنه لم يتحلل ، فإن فاته الحج تحلل بعمرة كغير المريض .

(فصل) وإن شرط فى ابتداء إحرامه أن يحل متى مرض أو ضاعت نفقته أو نفدت أو نحوه ، أو قال : إن حبسنى حابس فمحلى حيث حبستنى . فله الحل متى وجد ذلك ، ولاشىء عليه لاهدى ولاقضاء ولا غيره فإن للشرط تأثيراً فى العبادات . بدليل أنه لو قال : إن شفى الله مريضى صمت شهراً متتابعاً أو متفرقاً كان على ما شرطه . وإنما لم يلزمه الهدى والقضاء لأنه إذا شرط شرطاً كان إحرامه الذى فعله إلى حين وجود الشرط . فصار بمنزلة من أكمل أفعال الحج ، ثم ينظر فى صيغة الشرط . فإن قال : إن مرضت فلى أن أحل وإن حبسنى حابس فمحلى حيث حبستنى ، فإذا حبس كان بالخيار بين الحل وبين البقاء على الإحرام . وإن قال : إن مرضت فأنا حلال ، فمتى وجد الشرط حل بوجوده لأنه شرط صحيح فكان على ما شرط .

« مسألة » قال (فإن قال : أنا أرفض إحرامى وأحل ، فلبس الثياب وذبح الصيد وعمل ما يعمله الحلال . كان عليه فى كل فعل فعله دم ، وإن كان وطىء فعليه للوطء بدنة مع ما يجب عليه من الدماء) .

وجملة ذلك : أن التحلل من الحج لا يحصل إلا بأحد ثلاثة أشياء : كمال أفعاله أو التحلل عند الحصر ، أو بالعذر إذا شرط . وما عدا هذا فليس له أن يتحلل به . فإن نوى التحلل لم يحل ، ولا يفسد الإحرام برفضه . لأنه عبادة لا يخرج منها بالفساد : فلا يخرج منها برفضها ، بخلاف سائر العبادات . ويكون الإحرام باقياً فى حقه ، تلزمه أحكامه ويلزمه جزاء كل جناية جناها عليه ، وإن وطىء أفسد حجه وعليه لذلك بدنة مع ما وجب عليه من الدماء ، سواء كان الوطء قبل الجنايات أو بعدها ، فإن الجناية على الإحرام الفاسد توجب الجزاء كالجناية على الصحيح . وليس عليه لرفضه الإحرام شىء . لأنه مجرد نية لم تؤثر شيئاً .

« مسألة » قال (ويمضى فى الحج الفاسد ويحج من قابل) .

جملة ذلك : أن الحج لا يفسد إلا بالجماع . فإذا فسد فعليه إتمامه . وليس له

الخروج منه . روى ذلك عن عمر وعلى وأبى هريرة وابن عباس رضى الله عنهم ، وبه قال أبو حنيفه والشافعى . وقال الحسن ومالك : يجعل الحجة عمرة ولا يقيم على حجة فاسدة . وقال داود : يخرج بالإفساد من الحج والعمرة . لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » .

ولنا : عموم قوله تعالى (٢ : ١٩٥ وأتموا الحج والعمرة لله) ولأنه قول من سمينا من الصحابة . ولم نعرف لهم مخالفاً . ولأنه معنى يجب به القضاء . فلم يخرج به منه كالفوات ، والخبر لا يلزمنا . لأن المضى فيه بأمر الله . وإنما وجب القضاء . لأنه لم يأت به على الوجه الذى يلزمه بالإحرام ، ونخص مالكا بأنها حجة لا يمكنه الخروج منها بالإخراج . فلا يخرج منها إلى عمرة كالصحيحة .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يحل من الفاسد بل يجب عليه أن يفعل بعد الإفساد كل ما يفعله قبله . ولا يسقط عنه توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة والرمى ، ويجتنب بعد الفساد كل ما يجتنبه قبله من الوطء ثانياً . وقتل الصيد والطيب واللباس ونحوه وعليه الفدية فى الجناية على الإحرام الفاسد ، كالفدية فى الجناية على الإحرام الصحيح ، فأما الحج من قابل فيلزمه بكل حال . لكن إن كانت الحجة التى أفسدها واجبة بأصل الشرع أو بالنذر أو قضاء كانت الحجة من قابل مجزئة لأن الفاسد إذا انضم إليه القضاء أجزأ عما يجزىء عنه الأول لو لم يفسده ، وإن كانت الفاسدة تطوعاً وجب قضاؤها . لأنه بالدخول فى الإحرام صار الحج عليه واجباً . فإذا أفسده وجب قضاؤه كالمنذور . ويكون القضاء على الفور . ولا نعلم فيه مخالفاً. لأن الحج الأصلى واجب على الفور . فهذا أولى . لأنه قد تعين بالدخول فيه . والواجب بأصل الشرع لم يتعين بذلك .

(فصل) ويحرم بالقضاء من أبعد الموضعين : الميقات أو موضع إحرامه الأول لأنه إن كان الميقات أبعد فلا يجوز له تجاوز الميقات بغير إحرام ، وإن كان موضع إحرامه أبعد فعليه الاحرام بالقضاء منه . نص عليه أحمد . وروى ذلك عن ابن عباس وسعيد بن المسيب والشافعى وإسحاق . واختاره ابن المنذر ، وقال النخعى: يحرم من موضع الجماع . لأنه موضع الإفساد .

ولنا : أنها عبادة فكان قضاؤها على حسب أدائها كالصلاة .

(فصل) وإذا قضيا تفرقا من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما . روى هذا عن عمر وابن عباس . وروى سعيد والأثرم بإسناديهما عن عمر « أنه سئل عن رجل وقع بامرأته وهما محرمان . فقال : أتما حجكما فإذا كان عام قابل فحجا واهديا . حتى إذا بلغتما المكان الذى أصبتما فيه ما أصبتما فتفرقا حتى تحلا » ورويا عن ابن عباس مثل ذلك . وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وروى عن أحمد : أنهما يتفرقان من حيث يحرمان حتى يحلا ، ورواه مالك فى الموطأ عن على رضى الله عنه . وروى عن ابن عباس وهو قول مالك . لأن التفريق بينهما خوفاً من معاودة المحظور . وهو يوجد فى جميع إحرامهما .

ووجه الأول : أن ما قبل موضع الإفساد كان إحرامهما فيه صحيحاً فلم يجب التفرق فيه كالذى لم يفسد ، وإنما اختص التفريق بموضع الجماع . لأنه ربما يذكره برؤية مكانه فيدعوه ذلك إلى فعله ، ومعنى التفرق أن لا يركب معها فى محمل ، ولا ينزل معها فى فسطاط ونحوه . قال أحمد : يتفرقان فى النزول وفى المحمل والفسطاط ، ولكن يكون بقربها . وهل يجب التفريق أو يستحب ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يجب . وهو قول أبى حنيفة . لأنه لا يجب التفرق فى قضاء رمضان إذا أفسداه ، كذلك الحج . والثانى : يجب . لأنه روى عمن سمينا من الصحابة الأمر به ، ولم نعرف لهم مخالفاً ، ولأن الإجتماع فى ذلك الموضع يذكر الجماع فيكون من دواعيه . والأول أولى . لأن حكمة التفريق الصيانة عما يتوهم من معاودة الوقاع عند تذكره برؤية مكانه . وهذا وهم بعيد لا يقتضى الإيجاب .

(فصل) والعمرة فيما ذكرناه كالحج فإن كان المعتمر مكياً ، حرم بها من الحل — أحرم للقضاء من الحل ، وإن كان أحرم بها من الحرم أحرم للقضاء من الحل . ولا فرق بين المكى ومن حصل بها من المجاورين . وإن أفسد المتمتع عمرته ومضى فى فاسدها فأتمها ، فقال أحمد : يخرج إلى الميقات فيحرم منه للحج . فإن خشى الفوات أحرم من مكة وعليه دم ، فإذا فرغ من حجه خرج إلى الميقات فأحرم منه بعمرة مكان التى أفسدها ، وعليه هدى يذبحه إذا قدم مكة

لما أفسد من عمرته ، ولو أفسد الحاج حجته وأتمها فله الإحرام بالعمرة من أدنى الحل كالمكيين ،

(فصل) وإذا أفسد القضاء لم يجب عليه قضاؤه ، وإنما يقضى عن الحج الأول ، كما لو أفسد قضاء الصلاة والصيام وجب القضاء للأصل دون القضاء . كذا ههنا ، وذلك لأن الواجب لا يزداد بفواته . وإنما يبقى ما كان واجباً فى الذمة على ما كان عليه فيؤديه القضاء .

باب ذكر الحج ودخول مكة

يستحب الاغتسال لدخول مكة . لأن عبد الله بن عمر « كان يغتسل ثم يدخل مكة نهاراً . ويذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعله » متفق عليه . وللبخارى أن ابن عمر « كان إذا دخل أدنى الحرم أمسك عن التلبية ثم يبيت بذى طوى ، ثم يصلى الصبح ويغتسل . ويحدث : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك » ، ولأن مكة مجمع أهل النسك فإذا قصدها استحب له الاغتسال كالخارج إلى الجمعة ، والمرأة كالرجل ، وإن كانت حائضاً أو نفساء لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة وقد حاضت « افعلى ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت » ولأن الغسل يراد للتنظيف . وهذا يحصل مع الحيض . فاستحب لها ذلك . وهذا مذهب الشافعى . وفعله عروة والأسود بن يزيد وعمرو بن ميمون والحارث بن سويد .

(فصل) ويستحب أن يدخل مكة من أعلاها . لما روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة من الثنية العليا التى بالبطحاء . وخرج من الثنية السفلى » وروت عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما جاء مكة دخل من أعلاها وخرج من أسفلها » ، متفق عليهما ، ولا بأس أن يدخلها ليلا أو نهاراً . لأن النبى صلى الله عليه وسلم دخل مكة ليلا ونهاراً . رواهما النسائى .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (فإذا دخل المسجد فالاستحباب له أن يدخل من باب بنى شيبة . فإذا رأى البيت رفع يديه وكبر)

إنما استحب دخول المسجد من باب بنى شيبة . لأن النبى صلى الله عليه وسلم دخل منه ، وفى حديث جابر الذى رواه مسلم وغيره « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة ارتفاع الضحى ، وأناخ راحلته عند باب بنى شيبة ، ودخل المسجد »

ويستحب رفع اليدين عند رؤية البيت (١) روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس . وبه قال الثورى وابن المبارك والشافعى وإسحاق . وكان مالك لا يرى رفع اليدين . لما روى عن المهاجر المكى قال « سئل جابر بن عبد الله عن الرجل يرى البيت . أيرفع يديه ؟ قال : ما كنت أظن أحداً يفعله هذا إلا اليهود . حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يكن يفعله » رواه النسائى .

ولنا : ما روى أبو بكر بن المنذر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ترفع الأيدى إلا فى سبع مواطن . افتتاح الصلاة ، واستقبال البيت ، وعلى الصفا والمروة . وعلى الموقفين والجمرتين » وهذا من قول النبى صلى الله عليه وسلم وذاك من قول جابر ، وخبره عن ظنه وفعله . وقد خالفه ابن عمر وابن عباس ، ولأن الدعاء مستحب عند رؤية البيت . وقد أمر برفع اليدين عند الدعاء .

(فصل) ويستحب أن يدعو عند رؤية البيت فيقول : اللهم أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام ، اللهم زد هذا البيت تعظيما وتشريفاً وتكريماً ومهابة وبراً ، وزد من عظمه وشرفه ممن حجه واعتمره تعظيما وتشريفاً وتكريماً ومهابة وبراً ، الحمد لله رب العالمين كثيراً كما هو أهله ، وكما ينبغى لكرم وجهه وعز جلاله ، الحمد لله الذى بلغنى بيته ورآنى لذلك أهلا . والحمد لله على كل حال . اللهم إنك دعوت إلى حج بيتك الحرام وقد جئتك لذلك ، اللهم تقبل منى واعف عنى ، واصلح لى شأنى كله لا إله إلا أنت . قال الشافعى فى مسنده : أخبرنا

---

(١) الروايات فى رفع اليدين هنا والثناء ضعيفة . لا يحتج بشىء منها .

سعيد بن سالم عن ابن جريج (١) «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا رأى البيت رفع يديه وقال : اللهم زد هذا البيت تشريفاً وتكريماً وتعظيماً ومهابة وبراً ، وزد من شرفه ممن حجه واعتمره تشريفاً وتكريماً وتعظيماً وبراً » وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أنه كان حين نظر إلى البيت يقول « اللهم أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام » قال بعض أصحابنا : يرفع صوته بذلك .

(فصل) وإذا دخل المسجد فذكر فريضة أو فائتة أو أقيمت الصلاة المكتوبة قدمهما على الطواف ، لأن ذلك فرض والطواف تحية ، ولأنه لو أقيمت الصلاة في أثناء طوافه قطعه لأجلها ، فلأن يبدأ بها أولى ، وإن خاف فوت ركعتي الفجر أو الوتر أو حضرت جنازة قدمها ، لأنها سنة يخاف فوتها والطواف لا يفوت .

« مسألة » قال (ثم أتى الحجر الأسود إن كان فاستلمه إن استطاع وقبله)

معنى « استلمه » أي مسحه بيده ، أي مأخوذ من السلام وهي الحجارة فإذا مسح الحجر قيل استلم أي مس السلام . قاله ابن قتيبة ، والمستحب لمن دخل المسجد : أن لا يعرج على شيء قبل الطواف بالبيت اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم . فإنه كان يفعل ذلك ، قال جابر في حديثه الصحيح « حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً » وعن عروة بن الزبير عن عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم حين قدم مكة توضأ ثم طاف بالبيت » متفق عليه ، وروى ذلك عروة عن أبي بكر وعمر وعثمان وعبد الله بن عمر ومعاوية وابن الزبير والمهاجرين وعائشة وأسماء ابنتي أبي بكر ، ولأن الطواف تحية المسجد الحرام . فاستحب البداءة به ، كما استحب لداخل غيره من المساجد أن يصلي ركعتين . ويبتدىء الطواف بالحجر الأسود . فيستلمه . وهو أن يمسحه بيده ويقبله ، قال أسلم « رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل الحجر وقال : إني لأعلم أنك

---

(١) الحديث منقطع معضل ، ولذلك قال الشافعي راويه ، ليس في رفع اليدين عند رؤية البيت شيء ، فلا أكرهه ولا استحبه قال البيهقي : فكأنه لم يعتمد على الحديث لانقطاعه .

حجر لا تضر ولا تنفع . ولولا أنى رأيت رسول الله عليه وسلم قبلك ما قبلتك » . متفق عليه وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال « استقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم الحجر ثم وضع شفتيه عليه يبكى طويلا ثم التفت ، فإذا هو بعمر بن الخطاب رضى الله عنه يبكى فقال : يا عمر ههنا تسكب العبرات » وقول الخرقى « إن كان » يعنى إن كان الحجر فى موضعه لم يذهب به ، كما ذهب به القرامطة مرة حين ظهروا على مكة فإذا كان ذلك والعياذ بالله . فإنه يقف مقابلا لمكانه ويستلم الركن : وإن كان الحجر موجوداً فى موضعه استلمه وقبله . فإن لم يمكنه استلامه وتقبيله قام حياله أى بحذائه واستقبله بوجهه فكبر وهلل . وهكذا إن كان راكباً . فقد روى البخارى عن ابن عباس قال « طاف النبى صلى الله عليه وسلم على بعير كلما أتى الحجر أشار إليه بشىء فى يده وكبر » . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لعمر « إنك لرجل شديد تؤذى الضعيف إذا طفت بالبيت . فإذا رأيت خلوة من الحجر فادن منه وإلا فكبر ثم امض » فإن أمكنه استلام الحجر بشىء فى يده كالعصا ونحوها فعل(١) . فقد روى ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف فى حجة الوداع يستلم الركن بمحجن » وهذا كله مستحب . ويقول عند استلام الحجر « باسم الله والله أكبر إيماناً بك وتصديقاً بكتابك ، ووفاء بعهدك ، واتباعا لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم » رواه عبد الله بن السائب عن النبى صلى الله عليه وسلم .

(فصل) ويحاذى الحجر بجميع بدنه . فإن حاذاه ببعضه احتمل أن يجزئه . لأنه حكم يتعلق بالبدن فأجزأ فيه بعضه كالحد . ويحتمل أن لا يجزئه . لأن النبى صلى الله عليه وسلم استقبل الحجر واستلمه . وظاهر هذا . أنه استقبله بجميع بدنه ولأن مالزمه استقباله لزمه بجميع بدنه كالقبلة . فإذا قلنا بوجوب ذلك فلم يفعله أو بدأ بالطواف من دون الركن كالباب ونحوه لم يحتسب له بذلك الشوط .

---

(١) إيذاء الناس محرم ، واستلام الحجر مستحب ، فمن الجهل الفاضح مايجرى دائما فى وقت الزحام من إيذاء الأقوياء للضعفاء وضغطهم للنساء لأجل استلام الحجر فالرجل يرتكب عدة معاص لأجل مستحب واحد .

ويحتسب بالشوط الثانى وما بعده ، ويصير الثانى أوله . لأنه قدحاذى فيه الحجر بجميع بدنه وأتى على جميعـــه . فإذا أكمل سبعة أشواط غير الأول صح طوافه وإلا لم يصح .

(فصل) والمرأة كالرجل إلا أنها اذا قدمت مكة نهاراً فأمنت الحيض والنفاس استحب لها تأخير الطواف الى الليل ليكون أستر لها . ولا يستحب لها مزاحمة الرجال لاستلام الحجر ، لكن تشير بيدها اليه كالذى لا يمكنه الوصول اليه . كما روى عطاء قال « كانت عائشة تطوف حجزة من الرجال لاتخالطهم . فقالت امرأة: انطلق نستلم يا أم المؤمنين . قالت : انطلق عنك وأبت »(١) وان خافت حيضاً أو نفاساً استحب لها تعجيل الطواف كى لا يفوتها .

« مسألة » قال (ويضطبع بردائه) .

معنى الاضطباع: أن يجعل وسط الرداء تحت كتفه اليمنى ويرد طرفيه على كتفه اليسرى ويبقى كتفه اليمنى مكشوفة . وهو مأخوذ من الضبع، وهو عضد الانسان: افتعال منه وكان أصله : اضتبع فقلبوا التاء طاء ، لأن التاء متى وضعت بعد ضاد أو صاد أو طاء ساكنة قلبت طاء . ويستحب الاضطباع فى طواف القدوم . لما روى أبو داود وابن ماجه عن يعلى بن أمية « أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف مضطبعا » ورويا أيضا عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعتمروا من الجعرانة . فرملوا بالبيت وجعلوا أرديتهم تحت آباطهم ، ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى » وبهذا قال الشافعى وكثير من أهل العلم . وقال مالك : ليس الاضطباع بسنة . وقال : لم أسمع أحداً من أهل العلم ببلدنا يذكر أن الاضطباع سنة . وقد ثبت بما روينا أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فعلوه . وقد أمر الله باتباعه وقال (٢٣ : ٢١ لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة) وقد روى أسلم عن عمر بن الخطاب « أنه اضطبع ورمل . وقال : ففيم الرمل ، ولم نبدى مناكبنا وقد نفى الله المشركين ؟ بلى ، لن ندع شيئاً فعلنا على عهد رسول الله صلى الله عليـــه وسلم » . رواه أبو داود . واذا فرغ من

---

(١) هكذا فى الاصل ولعله « أنت »

الطواف سوى رداءه . لأن الاضطباع غير مستحب فى الصلاة . وقال الأثرم : إذا فرغ من الأشواط التى يرمل فيها سوى رداءه . والأول أولى . لأن قوله « طاف النبي صلى الله عليه وسلم مضطبعا » ينصرف إلى جميعه . ولا يضطبع فى غير هذا الطواف . ولا يضطبع فى السعى . وقال الشافعى : يضطبع فيه . لأنه أحد الطوافين . فأشبه الطواف بالبيت .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يضطبع فيه . والسنة فى الاقتداء به . قال أحمد : ما سمعنا فيه شيئاً . والقياس لا يصح إلا فيما عقل معناه ، وهذا تعبد محض .

« مسألة » قال « ورمل ثلاثة أشواط ومشى أربعة . كل ذلك من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود)

معنى الرمل : إسراع المشى مع مقاربة الخطو من غير وثب . وهو سنة فى الأشواط الثلاثة الأول من طواف القدوم . ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم « رمل ثلاثا ومشى أربعاً » رواه جابر وابن عباس وابن عمر . وأحاديثهم متفق عليها .

فإن قيل : إنما رمل النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لإظهار الجلد للمشركين ولم يبق ذلك المعنى ، إذ قد نفى الله المشركين ، فلم قلتم ، إن الحكم يبقى بعد زوال علته ؟

قلنا قد رمل النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه واضطبع فى حجة الوداع بعد الفتح . فثبت أنها سنة ثابتة . وقال ابن عباس « رمل النبى صلى الله عليه وسلم فى عمره كلها ، وفى حجه وأبو بكر وعمر وعثمان والخلفاء من بعده » رواه أحمد فى المسند ، وقد ذكرنا حديث عمر .

إذا ثبت هذا : فإن الرمل سنة فى الأشواط الثلاثة بكمالها، يرمل من الحجر إلى أن يعود إليه لا يمشى فى شىء منها ، وروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير رضى الله عنهم . وبه قال عروة والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال طاوس وعطاء والحسن وسعيد بن جبير والقاسم بن محمد وسالم ابن عبد الله : يمشى ما بين الركنين لما روى ابن عباس قال : « قدم رسول الله

صلى الله عليه وسلم وأصحابه مكة وقد وهنتهم الحمى . فقال المشركون : إنه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حمى يثرب ولقوا منها شرا . فأطلع الله نبيه صلى الله عليه وسلم على ما قالوا . فلما قدموا قعد المشركون مما يلى الحجر . فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه أن يرملوا الأشواط الثلاثة ويمشوا ما بين الركنين ليرى المشركون جلدهم ، فلما رأوهم رملوا قال المشركون : هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قد وهنتهم : هؤلاء أجلد منا . قال ابن عباس : ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا الأشواط كلها إلا الإبقاء عليهم » متفق عليه .

ولنا : ما روى ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر إلى الحجر » وفى مسلم عن جابر قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر حتى انتهى إليه » وهذا يقدم على حديث ابن عباس لوجوه : منها : أن هذا إثبات ، ومنها : أن رواية ابن عباس إخبار عن عمرة القضية . وهذا إخبار عن فعل فى حجة الوداع فيكون متأخراً . فيجب العمل به وتقديمه . الثالث : أن ابن عباس كان فى تلك الحال صغيراً لا يضبط مثل جابر وابن عمر فإنهما كانا رجلين يتبعان أفعال النبى صلى الله عليه وسلم ويحرصان على حفظها فهما أعلم ولأن جلة الصحابة عملوا بما ذكرنا ، ولو علموا من النبى صلى الله عليه وسلم ما قال ابن عباس ما عدلوا عنه إلى غيره . ويحتمل أن يكون ما رواه ابن عباس اختص بالذين كانوا فى عمرة القضية لضعفهم والإبقاء عليهم ، وما رويناه سنة فى سائر الناس .

(فصل) يستحب الدنو من البيت . لأنه هو المقصود . فإن كان قرب البيت زحام فظن أنه إذا وقف لم يؤذ أحداً وتمكن من الرمل وقف ليجمع بين الرمل والدنو من البيت ، وإن لم يظن ذلك وظن أنه إذا كان فى حاشية الناس تمكن من الرمل فعل وكان أولى من الدنو ، وإن كان لا يتمكن من الرمل أيضاً أو يختلط بالنساء فالدنو أولى . ويطوف كيفما أمكنه ، وإذا وجد فرجة رمل فيها وإن تباعد من البيت فى الطواف أجزأه ما لم يخرج من المسجد ، سواء حال بينه وبين البيت حائل من قبة أو غيره أو لم يحل . لأن الحائل فى المسجد لا يضر ، كما لو صلى فى المسجد مؤتما بالإمام من وراء حائل ، وقد روت أم سلمة قالت : « شكوت

إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنى أشتكى فقال : طوفى من وراء الناس وأنت راكبة . قالت : فطفت ورسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ يصلى إلى جنب البيت . متفق عليه .

. مسألة . قال (ولا يرمل فى جميع طوافه إلا هذا)

وجملة ذلك ، أن الرمل لا يسن فى غير الأشواط الثلاثة الأول من طواف القدوم أو طواف العمرة ، فإن ترك الرمل فيها لم يقضه فى الأربعة الباقية ، لأنها هيئة فات موضعها فسقطت كالجهر فى الركعتين الأولتين . ولأن المشى هيئة فى الأربعة كما أن الرمل هيأة فى الثلاثة فاذا رمل فى الأربعة الأخيرة كان تاركا للهيئة فى جميع طوافه كتارك الجهر فى الركعتين الأولتين من العشاء إذا جهر فى الآخرتين ولا يسن الرمل والاضطباع فى طواف سوى ما ذكرنا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه إنما رملوا واضطبعوا فى ذلك ، وذكر القاضى ، أن من ترك الرمل والاضطباع فى طواف القدوم أتى بهما فى طواف الزيارة . لأنهما سنة أمكن قضاؤها ، فتقضى كسنن الصلاة ، وهذا لا يصح لما ذكرنا فيمن تركه فى الثلاثة الأول لا يقضيه فى الأربعة ، وكذلك من ترك الجهر فى صلاة الجهر لا يقضيه فى صلاة الظهر ، ولا يقتضى القياس أن تقضى هيئة عبادة فى عبادة أخرى .

قال القاضى : ولو طاف فرمل واضطبع ولم يسع بين الصفا والمروة ، فإذا طاف بعد ذلك للزيارة رمل فى طوافه ، لأنه يرمل فى السعى بعده وهو تبع للطواف . فلو قلنا : لا يرمل فى الطواف أفضى إلى أن يكون التبع أكمل من المتبوع ، وهذا قول مجاهد والشافعى ، وهذا لا يثبت بمثل هذا الرأى الضعيف فإن المتبوع لا تتغير هيئته تبعاً لتبعه ، ولو كانا متلازمين لكان ترك الرمل فى السعى تبعاً لعدمه فى الطواف أولى من الرمل فى الطواف تبعاً للسعى .

(فصل) فإن ترك الرمل فى شوط من الثلاثة الأول أتى به فى الاثنين الباقيين ، وإن تركه فى اثنين أتى به فى الثالث، كذلك قال الشافعى ، وأبو ثور وأصحاب الرأى : وإن تركه فى الثلاثة سقط ، لأن تركه للهيئة فى بعض محلها لا يسقطها فى بقية محلها كتارك الجهر فى إحدى الركعتين الأولتين لا يسقطه فى الثانية .

« مسألة » قال (وليس على أهل مكة رمل) .

وهذا قول ابن عباس وابن عمر رحمة الله عليهما . وكان ابن عمر إذا أحرم من مكة لم يرمل . وهذا لأن الرمل إنما شرع فى الأصل لإظهار الجلد والقوة لأهل البلد . وهذا المعنى معدوم فى أهل البلد والحكم فيمن أحرم من مكة حكم أهل مكة ، لما ذكرنا عن ابن عمر . ولأنه أحرم من مكة . أشبه أهل البلد ، والمتمتع إذا أحرم بالحج من مكة ثم عاد وقلنا يشرع فى حقه طواف القدوم لم يرمل فيه . قال أحمد : ليس على أهل مكة رمل عند البيت ولا بين الصفا والمروة .

« مسألة » قال (ومن نسى الرمل فلا إعادة عليه) .

إنما كان كذلك لأن الرمل هيئة ، فلا يجب بتركه إعادة ، ولا شىء ، كهيئات الصلاة ، وكالاضطباع فى الطواف ، ولو تركه عمداً لم يلزمه شىء أيضاً . وهذا قول عامة الفقهاء إلا ما حكى عن الحسن والثورى وعبد الملك الماجشون : أن عليه دما لأنه نسك . وقد جاء فى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم « من ترك نسكا فعليه دم » .

ولنا : أنه هيئة غير واجبة فلم يجب بتركها شىء كالاضطباع . والخبر إنما يصح عن ابن عباس . وقد قال ابن عباس من ترك الرمل . فلا شىء عليه . ثم هو مخصوص بما ذكرنا . ولأن طواف القدوم لا يجب بتركه شىء فترك صفة فيه أولى أن لا يجب بها . لأن ذلك لا يزيد على تركه .

« مسألة » قال (ويكون طاهراً فى ثياب طاهرة) .

يعنى فى الطواف . وذلك لأن الطهارة من الحدث والنجاسة والستارة شرائط لصحة الطواف فى المشهور عن أحمد . وهو قول مالك والشافعى . وعن أحمد : أن الطهارة ليست شرطاً فمتى طاف للزيارة غير متطهر أعاد ما كان بمكة . فإن خرج إلى بلده جبره بدم . وكذلك يخرج فى الطهارة من النجس والستارة . وعنه فيمن طاف للزيارة وهو ناس للطهارة لا شىء عليه ، وقال أبو حنيفة : ليس شىء من ذلك

شرطاً . واختلف أصحابه فقال بعضهم : هو واجب . وقال بعضهم : هو سنة . لأن الطواف ركن للحج . فلم يشترط له الطهارة كالوقوف .

ولنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال . « الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه » رواه الترمذى والأثرم . وعن أبي هريرة « أن أبا بكر الصديق بعثه فى الحجة التى أمره عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع يوم النحر يؤذن : لايحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان» ولأنها عبادة متعلقة بالبيت فكانت الطهارة والستارة فيها شرطاً كالصلاة . وعكس ذلك الوقوف .

(فصل) ولا بأس بقراءة القرآن فى الطواف . وبذلك قال عطاء ومجاهد والثورى وابن المبارك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وعن أحمد : أنه يكره . وروى ذلك عن عروة والحسن ومالك .

ولنا : أن عائشة روت « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول فى طوافه (٢ : ٢٠٠ ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) وكان عمر وعبد الرحمن بن عوف يقولان ذلك فى الطواف ، وهو قرآن . ولأن الطواف صلاة . ولا تكره القراءة فى الصلاة ، قال ابن المبارك : ليس شيء أفضل من قراءة القرآن ويستحب الدعاء فى الطواف والإكثار من ذكر الله تعالى . لأن ذلك مستحب فى جميع الأحوال . ففى حال تلبسه بهذه العبادة أولى ، ويستحب أن يدع الحديث إلا ذكر الله تعالى ، أو قراءة القرآن أو أمراً بمعروف أو نهياً عن منكر ، أو ما لا بد منه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة ، فمن تكلم فلا يتكلم إلا بخير » ولا بأس بالشرب فى الطواف . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « شرب فى الطواف » رواه ابن المنذر وقال : لا أعلم أحداً منع منه .

(فصل) إذا شك فى الطهارة وهو فى الطواف لم يصح طوافه ذلك . لأنه شك فى شرط العبادة قبل الفراغ منها . فأشبه ما لو شك فى الطهارة فى الصلاة وهو فيها . وإن شك بعد الفراغ منه لم يلزمه شيء . لأن الشك فى شرط العبادة بعد فراغها لا يؤثر فيها . وإن شك فى عدد الطواف بنى على اليقين . قال ابن المنذر : أجمع كل

من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك . ولأنها عبادة فمتى شك فيها وهو فيها بنى على اليقين كالصلاة . وإن أخبره ثقة من عدد طوافه رجع إليه إذا كان عدلا . وإن شك فى ذلك بعد فراغه من الطواف لم يلتفت إليه ، كما لو شك فى عدد الركعات بعد فراغ الصلاة . قال أحمد : إذا كان رجلان يطوفان فاختلفا فى الطواف بنيا على اليقين . وهذا محمول على أنهما شكا . فأما إن كان أحدهما تيقن حال نفسه لم يلتفت إلى قول غيره .

(فصل) وإذا فرغ المتمتع ثم علم أنه كان على غير طهارة فى أحد الطوافين لا بعينه بنى الأمر على الأشد . وهو أنه كان محدثاً فى طواف العمرة . فلم يصح . ولم يحل منها . فيلزمه دم للحلق . ويكون قد أدخل الحج على العمرة ، فيصير قارناً ، ويجزئه الطواف للحج عن النسكين ، ولو قدرناه من الحج لزمه إعادة الطواف ويلزمه إعادة السعى على التقديرين ، لأنه وجد بعد طواف غير معتد به ، وإن كان وطىء بعد حله من العمرة حكمنا بأنه أدخل حجاً على عمرة فاسدة ، ولا تصح ويلغو ما فعله من أفعال الحج ، ويتحلل بالطواف الذى قصده للحج من عمرته الفاسدة ، وعليه دم للحلق ودم للوطء فى عمرته ، ولا يحصل له حج ولا عمرة ، ولو قدرناه من الحج لم يلزمه أكثر من إعادة الطواف والسعى ، ويحصل له الحج والعمرة .

• مسألة • قال (ولا يستلم ، ولا يقبل من الأركان الا الأسود واليمانى) .

الركن اليمانى : قبلة أهل اليمن ، ويلى الركن الذى فيه الحجر الأسود ، وهو آخر ما يمر عليه من الأركان فى طوافه ، وذلك أنه يبدأ بالركن الذى فيه الحجر الأسود ، وهو قبلة أهل خراسان ، فيستلمه ويقبله ، ثم يأخذ على يمين نفسه ويجعل البيت على يساره ، فإذا انتهى الى الركن الثانى وهو العراقى لم يستلمه ، فإذا مر بالثالث وهو الشامى لم يستلمه أيضاً ، وهذان الركنان يليان الحجر . فإذا وصل الى الرابع وهو الركن اليمانى استلمه ، قال الخرقى : ويقبله . والصحيح عن أحمد : أنه لا يقبله . وهو قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن أبى حنيفة : أنه لا يستلمه ، قال ابن عبدالبر : جائز عند أهل العلم أن يستلم الركن اليمانى ، والركن الأسود لا يختلفون فى شىء من ذلك ، وانما الذى فرقوا به بينهما التقبيل فرأوا تقبيل الأسود ، ولم يروا

تقبيل اليمانى ، وأما استلامهما فأمر مجمع عليه . وقد روى مجاهد عن ابن عباس قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا استلم الركن قبله ووضع خده الأيمن عليه » قال : وهذا لا يصح ، وإنما يعرف التقبيل فى الحجر الأسود وحده . وقد روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليمانى . وقال ابن عمر : ما تركت استلام هذين الركنين اليمانى والحجر منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمهما فى شدة ولا رخاء » رواهما مسلم . ولأن الركن اليمانى مبنى على قواعد إبراهيم عليه السلام . فسن استلامه كالذى فيه الحجر : وأما تقبيله فلم يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فلا يسن . وأما الركنان اللذان يليان الحجر فلا يسن استلامهما فى قول أكثر أهل العلم . وروى عن معاوية وجابر وابن الزبير والحسن والحسين وأنس وعروة استلامهما ، وقال معاوية . ليس شىء من البيت مهجوراً .

ولنا : قول ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليمانى وقال : ماأراه — يعنى النبى صلى الله عليه وسلم — لم يستلم الركنين اللذين يليان الحجر إلا أن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم ، ولا طاف الناس من وراء الحجر إلا لذلك » . وروى عن ابن عباس « أن معاوية طاف فجعل يستلم الأركان كلها، فقال له ابن عباس : لم تستلم هذين الركنين: ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم يستلمهما ؟ فقال معاوية : ليس شىء من البيت مهجوراً . فقال ابن عباس (٣٣ : ٢٣ لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة) فقال معاوية : صدقت » ولأنهما لم يتما على قواعد إبراهيم فلم يسن استلامهما كالحائط الذى يلى الحجر .

(فصل) ويستلم الركنين الأسود واليمانى فى كل طوافه . لأن ابن عمر قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدع أن يستلم الركن اليمانى والحجر فى كل طوافه » قال نافع « وكان ابن عمر يفعله » رواه أبو داود . وإن لم يتمكن من تقبيل الحجر استلمه وقبل يده . وممن رأى تقبيل اليد عند استلامه : ابن عمر وجابر وأبو هريرة وأبو سعيد وابن عباس وسعيد بن جبير وعطاء وعروة وأيوب والثورى والشافعى وإسحاق . وقال مالك : يضع يده على فيه من غير تقبيل ، وروى أيضاً عن القاسم بن محمد .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم استلمه وقبل يده . أخرجه مسلم . وفعله أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وتبعهم أهل العلم على ذلك . فلا يعتد بمن خالفهم ، وإن كان فى يده شيء يمكن أن يستلم الحجر به استلمه وقبله . لما روى عن ابن عباس قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت ويستلم الركن بمحجن معه ويقبل المحجن » رواه مسلم ، فإن لم يمكنه استلامه أشار إليه وكبر . لما روى البخاري بإسناده عن ابن عباس قال . طاف النبى صلى الله عليه وسلم على بعير كلما أتى الركن أشار إليه وكبر » .

(فصل) ويكبر كلما أتى الحجر أو حاذاه لما رويناه ويقول بين الركنين (ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) لما روى الإمام أحمد فى المناسك عن عبد الله بن السائب أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول : بين ركن بنى جمح والركن الأسود (ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) .

وعن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « وكل به – يعنى الركن اليمانى – سبعون ألف ملك . فمن قال : اللهم إنى أسألك العفو والعافية فى الدنيا والآخرة (ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) قالوا : آمين » وعن ابن عباس « أنه كان إذا جاء الركن اليمانى قال : اللهم قنعنى بما رزقتنى ، واخلف لى على كل غائبة بخير » ،

ويستحب أن يقول : اللهم اجعله حجاً مبروراً . وسعياً مشكوراً ، وذنباً مغفوراً رب اغفر وارحم واعف عما تعلم ، وأنت الأعز الأكرم ، وكان عبد الرحمن بن عوف يقول : رب قنى شح نفسى ، وعن عروة قال « كان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يقولون : لا إله إلا أنتا . وأنت تحى بعد ما أمتا .

ومهما أتى به من الدعاء والذكر فحسن ، قالت عائشة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما جعل الطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ورمى الجمار لإقامة ذكر الله » رواه الأثرم وابن المنذر .

« مسألة » قال (ويكون الحجر(١) داخلا فى طوافه . لأن الحجر من البيت)

إنما كان كذلك لأن الله تعالى أمر بالطواف بالبيت جميعه بقوله (٢٢ : ٢٩ وليطوفوا بالبيت العتيق) والحجر منه فمن لم يطف به لم يعتد بطوافه . وبهذا قال عطاء ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر . وقال أصحاب الرأى : إن كان بمكة قضى ما بقى . وإن رجع إلى الكوفة فعليه دم ونحوه قال الحسن

ولنا : أنه من البيت بدليل ما روت عائشة قالت « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحجر : فقال : هو من البيت » وعنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن قومك استقصروا من بنيان البيت ولولا حداثة عهدهم بالشرك أعدت ما تركوا منها ، فإن بدا لقومك من بعدى أن يبنوا فهلمى لأريك ما تركوا منها : فأراها قريباً من سبعة أذرع » رواهما مسلم ، وعنها رضى الله عنها قالت « قلت يا رسول الله إنى نذرت أن أصلى فى البيت . قال : صلى فى الحجر . فإن الحجر من البيت » وفى لفظ قالت « كنت أحب أن أدخل البيت فأصلى فيه . فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى فأدخلنى الحجر . وقال : صلى فى الحجر إن أردت دخول البيت . فإنما هو قطعة من البيت » وقال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، فمن ترك الطواف بالحجر لم يطف بجميع البيت فلم يصح ، كما لو ترك الطواف ببعض البناء . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم طاف من وراء الحجر . وقد قال عليه السلام « لتأخذوا عنى مناسككم »

(فصل) ولو طاف على جدار الحجر وشاذروان الكعبة . وهو ما فضل من حائطها لم يجز . لأن ذلك من البيت فإذا لم يطف به فلم يطف بكل البيت ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم طاف من وراء ذلك .

(فصل) ولو نكس الطواف فجعل البيت على يمينه لم يجزئه ، وبه قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة ، يعيد ما كان بمكة ، فإن رجع جبره بدم ، لأنه ترك هيئة فلم تمنع الإجزاء كما لو ترك الرمل والاضطباع .

---

(١) الحجر بالكسر . هو ما أحيط بالبناء المقوس من جهة شمال الكعبة بين الركنين العراقى والشامى ، ويسمى الحطيم .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل البيت فى الطواف ، على يساره ، وقال عليه السلام « لتأخذوا عنى مناسككم » ولأنها عبادة متعلقه بالبيت ، فكان الترتيب فيها واجباً كالصلاة . وما قاسوا عليه مخالف لما ذكرنا كما اختلف حكم هيئة الصلاة وترتيبها .

« مسألة » قال (ويصلى ركعتين خلف المقام) .

وجملة ذلك : أنه يسن للطائف أن يصلى بعد فراغه ركعتين : ويستحب أن يركعهما خلف المقام لقوله تعالى (٢ : ١٢٥ واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى) ويستحب أن يقرأ فيهما (قل ياأيها الكافرون) فى الأولى و (قل هو الله أحد) فى الثانية فإن جابراً روى فى صفة حجة النبى صلى الله عليه وسلم قال « حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً . ثم نفذ إلى مقام إبراهيم فقرأ (واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى) فجعل المقام بينه وبين البيت » قال محمد بن على : ولا أعلمه إلا ذكره عن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى الركعتين (قل هو الله أحد - وقل يا أيها الكافرون) وحيث ركعهما ومهما قرأ فيهما جاز ، فإن عمر ركعهما بذى طوى ، وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لأم سلمه إذا أقيمت صلاة الصبح فطوفى على بعيرك والناس يصلون - ففعلت ذلك فلم تصل حتى خرجت » ولا بأس أن يصليهما إلى غير سترة ويمر بين يديه الطائفون من الرجال والنساء . فإن النبى صلى الله عليه وسلم صلاهما والطواف بين يديه ليس بينهما شيء ، وكان ابن الزبير يصلى والطواف بين يديه فتمر المرأة بين يديه فينتظرها حتى ترفع رجلها ثم يسجد . وكذلك سائر الصلوات فى مكة لا يعتبر لها سترة . وقد ذكرنا ذلك .

(فصل) وركعتا الطواف سنة مؤكدة غير واجبة ، وبه قال مالك . وللشافعى قولان . أحدهما : أنهما واجبتان . لأنهما تابعتان للطواف فكانا واجبتين كالسعى .

ولنا : قوله عليه السلام « خمس صلوات كتبهن الله على العبد من حافظ عليهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة » وهذه ليست منها ولما سأل الأعرابى النبى صلى الله عليه وسلم عن الفرائض ذكر الصلوات الخمس قال « فهل على غيرها قال : لا إلا أن تطوع » ولأنها صلاة لم تشرع لها جماعة . فلم تكن واجبة كسائر النوافل، والسعى

ماوجب لكونه تابعاً ولاهو مشروع مع كل طواف ، ولوطاف الحاج طوافاً كثيراً لم يجب عليه إلا سعى واحد ، فإذا أتى به مع طواف القدوم لم يأت به بعد ذلك بخلاف الركعتين فإنهما يشرعان عقيب كل طواف .

(فصل) وإذا صلى المكتوبة بعد طوافه أجزأته عن ركعتى الطواف ، روى نحو ذلك عن ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والحسن وسعيد بن جبير واسحق ، وعن أحمد : أنه يصلى ركعتى الطواف بعد المكتوبة ، قال أبو بكر عبد العزيز : هو أقيس ، وبه قال الزهرى ومالك وأصحاب الرأى : لأنه سنة فلم تجز عنها المكتوبه كركعتى الفجر .

ولنا : أنهماركعتان شرعتا للنسك . فأجزأت عنهما المكتوبة كركعتىالإحرام .

(فصل) ولا بأس أن يجمع بين الأسابيع . فإذا فرغ منها ركع لكل أسبوع ركعتين ، فعل ذلك عائشة والمسور بن مخرمة . وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وإسحق . وكرهه ابن عمر والحسن والزهرى ومالك وأبو حنيفة . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله . ولأن تأخير الركعتين عن طوافهما يخل بالموالاة بينهما.

ولنا : أن الطواف يجرى مجرى الصلاة يجوز جمعها ويؤخر ما بينها فيصليها بعدها كذلك ههنا ، وكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله لا يوجب كراهة فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطف أسبوعين ولا ثلاثة . وذلك غير مكروه بالاتفاق ، والموالاة غير معتبرة بين الطواف والركعتين . بدليل أن عمر صلاهما بذى طوى وأخرت أم سلمة ركعتى طوافها حين طافت راكبة بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأخر عمر بن عبد العزيز ركوع الطواف حتى طلعت الشمس ، وإن ركع لكل أسبوع عقيبه كان أولى . وفيه اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم وخروج من الخلاف .

(فصل) وإذا فرغ من الركوع وأراد الخروج إلى الصفا استحب أن يعود فيستلم الحجر، نص عليه أحمد ،لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . ذكره جابر فى صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم . وكان ابن عمر يفعله ، وبه قال النخعى ومالك والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه خلافا .

« مسألة » قال (ويخرج إلى الصفا من بابه فيقف عليه ، فيكبر الله عز وجل ويهلله ويحمده ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم) .

وجملة ذلك : أنه إذا فرغ من طوافه وصلى ركعتين واستلم الحجر ، فيستحب أن يخرج إلى الصفا من بابه فيأتي الصفا فيرقى عليه حتى يرى الكعبة ثم يستقبلها فيكبر الله عز وجل ويهلله ويدعو بدعاء النبي صلى الله عليه وسلم وما أحب من خير الدنيا والآخرة ، قال جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم بعد ركعتي الطواف « ثم رجع إلى الركن فاستلمه ؛ ثم خرج من الباب إلى الصفا . فلما دنا من الصفا قرأ (إن الصفا والمروة من شعائر الله) نبدأ بما بدأ الله به . فبدأ بالصفا فرقى عليه ، حتى رأى البيت ، فاستقبل القبلة فوحد الله وكبر وقال ، لا إله إلا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، لا إله إلا الله وحده ، أنجز وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، ثم دعا بين ذلك وقال مثل هذا ثلاث مرات » قال أحمد : ويدعو بدعاء ابن عمر . ورواه عن إسماعيل حدثنا أيوب عن نافع عن ابن عمر « أنه كان يخرج إلى الصفا من الباب الأعظم فيقوم عليه فيكبر سبع مرار ثلاثاً ثلاثاً يكبر ، ثم يقول : لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير . لا إله إلا الله لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . ثم يدعو فيقول : اللهم اعصمني بدينك وطواعيتك وطواعية رسولك ، اللهم جنبني حدودك ، اللهم اجعلني ممن يحبك ويحب ملائكتك وأنبياءك ورسلك وعبادك الصالحين ، اللهم حببني إليك وإلى ملائكتك وإلى رسلك وإلى عبادك الصالحين ، اللهم يسرني لليسرى ، وجنبني العسرى ، واغفر لي في الآخرة والأولى ، واجعلني من أئمة المتقين ، واجعلني من ورثة جنة النعيم ، واغفر لي خطيئتي يوم الدين ، اللهم قلت قولك الحق (ادعوني استجب لكم) وإنك لا تخلف الميعاد اللهم إذ هديتني للإسلام فلا تنزعني منه ولا تنزعه مني حتى توفاني على الإسلام . اللهم لا تقدمني إلى العذاب ولا تؤخرني لسوء الفتن ، قال ويدعو دعاء كثيراً حتى إنه ليملنا وإنا لشباب وكان إذا أتى على المسعى سعى وكبر » وكل مادعا به فهو جائز .

(فصل) فإن لم يرق على الصفا فلا شىء عليه ، قال القاضى : لكن يجب عليه أن يستوعب ما بين الصفا والمروة فيلصق عقبيه بأسفل الصفا ثم يسعى إلى المروة ، فإن لم يصعد عليها ألصق أصابع رجليه بأسفل المروة ، والصعود عليها هو الأولى ، اقتداء بفعل النبى صلى الله عليه وسلم ، فإن ترك مما بينهما شيئاً ولو ذراعاً لم يجزئه حتى يأتى به ، والمرأه لايسن لها أن ترقى لئلا تزاحم الرجال ، وترك ذلك أستر لها. ولا ترمل فى طواف ولاسعى ، والحكم فى وجوب استيعابها ما بينهما ، بالمشى كحكم الرجل .

« مسألة » قال (ثم ينحدر من الصفا فيمشى حتى يأتى العلم الذى فى بطن الوادى ، فيرمل من العلم إلى العلم ، ثم يمشى حتى يأتى المروة فيقف عليها ، ويقول كما قال على الصفا ، وما دعا به أجزأه ، ثم ينزل ماشيا إلى العلم ، ثم يرمل حتى يأتى العلم ، يفعل ذلك سبع مرات ، يحتسب بالذهاب سعية ، وبالرجوع سعية . يفتتح بالصفا ويختتم بالمروة) .

هذا وصف السعى . وهو أن ينزل من الصفا فيمشى حتى يأتى العلم . ومعناه يحاذى العلم . وهو الميل الأخضر المعلق فى ركن المسجد . فاذا كان منه نحواً من ستة أذرع سعى سعياً شديداً حتى يحاذى العلم الآخر ، وهو الميلان الأخضران اللذان بفناء المسجد وحذاء دار العباس ، ثم يترك السعى ويمشى حتى يأتى المروة فيستقبل القبلة ويدعو بمثل دعائه على الصفا ، ومادعا به فجائز . وليس فى الدعاء شىء مؤقت ، ثم ينزل فيمشى فى موضع مشيه ، ويسعى فى موضع سعيه ، ويكثر من الدعاء والذكر فيما بين ذلك ، قال أبو عبد الله : كان ابن مسعود إذا سعى بين الصفا والمروة قال « رب اغفر وارحم ، واعف عما تعلم ، وأنت الأعز الأكرم » وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إنما جعل رمى الجمار والسعى بين الصفا والمروة لإقامة ذكر الله تعالى » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . حتى يكمل سبعة أشواط يحتسب بالذهاب سعية وبالرجوع سعية . وحكى عن ابن جرير وبعض أصحاب الشافعى أنهم قالوا : ذهابه ورجوعه سعية . وهذا غلط لأن جابرا قال فى صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم « ثم نزل إلى المروة حتى إذا نصبت قدماه

رمل فى بطن الوادى ، حتى إذا صعدنا مشى حتى أتى المروة ففعل على المروة كما فعل على الصفا . فلما كان آخر طوافه على المروه قال : لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لم اسق الهدى وجعلتها عمرة ، وهذا يقتضى أنه آخر طوافه . ولو كان على ما ذكروه كان آخر طوافه عند الصفا فى الموضع الذى بدأ منه ، ولأنه فى كل مرة طائف بهما فينبغى أن يحتسب بذلك مرة ، كما أنه إذا طاف بجميع البيت احتسب به مرة .

« مسألة » قال (ويفتتح بالصفا ويختم بالمروة)

وجملة ذلك : أن الترتيب شرط فى السعى . وهو أن يبدأ بالصفا . فإن بدأ بالمروة لم يعتد بذلك الشوط . فإذا صار إلى الصفا اعتد بما يأتى به بعد ذلك . لأن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ بالصفا وقال « نبدأ بما بدأ الله به » وهذا قول الحسن ومالك والشافعى والأوزاعى وأصحاب الرأى . وعن ابن عباس قال « قال الله تعالى (إن الصفا والمروة من شعائر الله) فبدأ بالصفا وقال اتبعوا القرآن فما بدأ الله به فابدؤا به »

« مسألة » قال (ومن نسى الرمل فى بعض سعيه فلا شىء عليه)

وجملة ذلك : أن الرمل فى بطن الوادى سنة مستحبة . لأن النبى صلى الله عليه وسلم سعى وسعى أصحابه . فروت صفية بنت شيبة عن أم ولد شيبة قالت : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسعى بين الصفا والمروة ويقول : لا يقطع الأبطح إلا شدا » وليس ذلك بواجب . ولا شىء على تاركه . فإن ابن عمر قال « إن أسع بين الصفا والمروة فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسعى ، وإن أمش فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى وأنا شيخ كبير » رواهما ابن ماجه . وروى هذا أبو داود ، ولأن ترك الرمل فى الطواف بالبيت لا شىء فيه ، فبين الصفا والمروة أولى .

(فصل) واختلفت الرواية فى السعى ، فروى عن أحمد . أنه ركن لا يتم الحج إلا به ، وهو قول عائشة وعروة ومالك والشافعى . لما روى عن عائشة قالت « طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم وطاف المسلمون يعنى بين الصفا والمروة .

فكانت سنة، ولعمرى ماأتم الله حج من لم يطف بين الصفا والمروة » رواه مسلم . وعن حبيبة بنت أبى شجراء إحدى نساء بنى عبد الدار قالت « دخلت مع نسوة من قريش دار آل أبى حسين ننظر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يسعى بين الصفا والمروة ، إن مئزره ليدور فى وسطه من شدة سعيه حتى إنى لأقول إنى لأرى ركبتيه . وسمعته يقول : اسعوا فإن الله كتب عليكم السعى » رواه ابن ماجه . ولأنه نسك فى الحج والعمرة فكان ركنا فيهما كالطواف بالبيت . وروى عن أحمد : أنه سنة لا يجب بتركه دم روى ذلك عن ابن عباس وأنس وابن الزبير وابن سيرين لقول الله تعالى (٢ : ١٥٨ فلا جناح عليه أن يطوف بهما) ونفى الحرج عن فاعله دليل على عدم وجوبه . فإن هذا رتبة المباح ، وإنما تثبت سنيته بقوله (من شعائر الله) وروى أن فى مصحف أبى وابن مسعود (فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما) وهذا إن لم يكن قرآنا فلا ينحط عن رتبة الخبر (١) لأنهما يرويانه عن النبى صلى الله عليه وسلم . ولأنه نسك ذو عدد لا يتعلق بالبيت فلم يكن ركنا كالرمى . وقال القاضى : هو واجب . وليس بركن إذا تركه وجب عليه دم وهو مذهب الحسن وأبى حنيفة والثورى . وهو أولى . لأن دليل من أوجبه دل على مطلق الوجوب لا على كونه لا يتم الحج إلا به . وقول عائشة فى ذلك معارض بقول من خالفها من الصحابة . وحديث بنت أبى شجراء قال ابن المنذر ، يرويه عبد الله بن المؤمل . وقد تكلموا فى حديثه . ثم هو يدل على أنه مكتوب وهو الواجب . وأما الآية فإنها نزلت لما تحرج ناس من السعى فى الإسلام لما كانوا يطوفون بينهما فى الجاهلية لأجل صنمين كانا على الصفا والمروة كذلك قالت عائشة .

(فصل) والسعى تبع للطواف . لا يصح إلا أن يتقدمه طواف ، فإن سعى قبله لم يصح ، وبذلك قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال عطاء : يجزئه وعن أحمد يجزئه إن كان ناسياً . وإن عمد لم يجزئه سعيه . لأن النبى صلى الله عليه وسلم « لما سئل عن التقديم والتأخير فى حال الجهل والنسيان قال : لا حرج » .

ووجه الأول : أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما سعى بعد طوافه وقد قال

---

(١) أى فهو تفسير لا قرآن

« لتأخذوا عنى مناسككم » فعلى هذا : إن سعى بعد طوافه ثم علم أنه طاف بغير طهارة لم يعتد بسعيه ذلك . ومتى سعى المفرد والقارن بعد طواف القدوم لم يلزمهما بعد ذلك سعى وإن لم يسعيا معه سعيا مع طواف الزيارة . ولا تجب الموالاة بين الطواف والسعى ، قال أحمد : لا بأس أن يؤخر السعى حتى يستريح أو إلى العشى . وكان عطاء والحسن لا يريان بأساً لمن طاف بالبيت أول النهار أن يؤخر الصفا والمروة إلى العشى ، وفعله القاسم وسعيد بن جبير . لأن الموالاة إذا لم تجب فى نفس السعى ففيما بينه وبين الطواف أولى .

« مسألة » قال (فإذا فرغ من السعى فإن كان متمتعاً قصر من شعره ثم قد حل)

المتمتع الذى أحرم بالعمرة من الميقات . فإذا فرغ من أفعالها : وهى الطواف والسعى قصر أو حلق وقد حل من عمرته ، إن لم يكن معه هدى ، لما روى ابن عمر قال « تمتع الناس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج . فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قال للناس : من كان معه هدى فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضى حجه . ومن لم يكن معه هدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل » متفق عليه . ولا نعلم فيه خلافاً . ولا يستحب تأخير التحلل . قال أبو داود : سمعت أحمد سئل عمن دخل مكة معتمراً فلم يقصر حتى كان يوم التروية عليه شيء ؟ قال : هذا لم يحل بعد ، يقصر ثم يهل بالحج وليس عليه شيء وبئس ما صنع .

(فصل) فأما من معه هدى فليس له أن يتحلل لكن يقيم على إحرامه ويدخل الحج على العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً نص عليه أحمد ، وهو قول أبى حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يحل له التقصير من شعر رأسه خاصة ولا يمس من أظفاره وشاربه شيئاً ، وروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول عطاء ، لما روى عن معاوية قال « قصرت من رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص عند المروة » متفق عليه ، وقال مالك والشافعى فى قول : له التحلل وينحر هديه . ويستحب نحره عند المروة . وكلام الخرقى يحتمله لإطلاقه .

ولنا : ما ذكرنا من حديث ابن عمر ، وروت عائشة قالت « خرجنا مع

رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع فأهللت بعمرة ، ولم أكن سقت الهدى فقال النبي صلى الله عليه وسلم : من كان معه هدى فليهل بالحج مع عمرته ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً » وعن حفصة أنها قالت « يارسول الله ما شأن الناس حلوا من العمرة ولم تحل أنت من عمرتك ؟ قال إنى لبدت رأسى وقلدت هدى . فلا أحل حتى أنحر » متفق عليه . والأحاديث كثيرة . وعن أحمد رواية ثالثة فيمن قدم متمتعا فى أشهر الحج وساق الهدى قال : إن دخلها فى العشر لم ينحر الهدى حتى ينحره يوم النحر . وإن قدم قبل العشر نحر الهدى . وهذا يدل على أن المتمتع إذا قدم قبل العشر حل ، وإن كان معه هدى وإن قدم فى العشر لم يحل . وهذا قول عطاء رواه حنبل فى المناسك . وقال فيمن لبد أو ضفر : هو بمنزلة من ساق الهدى . لحديث حفصة . والرواية الأولى أولى لما فيها من الحديث الصحيح الصريح . وهو أولى بالاتباع .

(فصل) فأما المعتمر غير المتمتع فإنه يحل ، سواء كان معه هدى أو لم يكن ، وسواء كان فى أشهر الحج أو غيرها . لأن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر سوى العمرة التى مع حجته بعضهن فى ذى القعدة وقيل : كلهن فى ذى القعدة فكان يحل . فإن كان معه هدى نحره عند المروة ، وحيث نحره من الحرم جاز لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « كل فجاج مكة طريق ومنحر » رواه أبو داود وابن ماجه .

(فصل) وقول الخرقى « قصر من شعره ثم قد حل » يدل على أن المستحب فى حق المتمتع عند حله من عمرته التقصير ، ليكون الحلق للحج . قال أحمد فى رواية أبى داود : ويعجبنى إذا دخل متمتعاً أن يقصر ، ليكون الحلق للحج . ولم يأمر النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه إلا بالتقصير . فقال فى حديث جابر « حلوا من إحرامكم بطواف بين الصفا والمروة وقصروا » وفى صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم . « فحل الناس كلهم وقصروا » وفى حديث ابن عمر أنه قال « من لم يكن معه هدى فليطف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقصر وليحلل » متفق عليه . وإن حلق جاز . لأنه أحد النسكين . فجاز فيه كل واحد منهما . ويدل أيضا على أنه لا يحل إلا بعد التقصير ، وهذا ينبنى على أن التقصير نسك . وهو المشهور ،

ولا يحل إلا به ، وفيه رواية أخرى : أنه إطلاق من محظور . فيحل بالطواف والسعى حسب ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى فإن ترك التقصير أو الحلق وقلنا هو نسك فعليه دم . وإن وطىء قبل التقصير فعليه دم وعمرته صحيحة . وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى ، وحكى عن الشافعى أن عمرته تفسد . لأنه وطىء قبل حله من عمرته . وعن عطاء قال : يستغفر الله تعالى .

ولنا : ما روى عن ابن عباس « أنه سئل عن امرأة معتمرة وقع بها زوجها قبل أن تقصر ، قال : من ترك من مناسكه شيئاً أو نسيه فليهرق دماً . قيل : إنها موسرة قال : فلتنحر ناقة ، ولأن التقصير ليس بركن فلا يفسد النسك بتركه ولا بالوطء قبله كالرمى فى الحج . قال أحمد فيمن وقع على امرأته قبل تقصيرها من عمرتها : تذبح شاة . قيل : عليه أو عليها ؟ قال : عليها هى . وهذا محمول على أنها طاوعته . فإن أكرهها فالدم عليه وإن أحرم بالحج قبل التقصير فقد أدخل الحج على العمرة فيصير قارناً .

(فصل) يلزم التقصير أو الحلق من جميع شعره وكذلك المرأة . نص عليه . وبه قال مالك وعن أحمد يجزئه البعض مبنياً على المسح فى الطهارة . وكذلك قال ابن حامد وقال الشافعى : يجزئه التقصير من ثلاث شعرات ، واختار ابن المنذر أنه يجزئه ما يقع عليه اسم التقصير لتناول اللفظ له .

ولنا : قول الله تعالى (٤٨ : ٢٧ محلقين رءوسكم) وهذا عام فى جميعه ولأن النبى صلى الله عليه وسلم حلق جميع رأسه تفسيراً لمطلق الأمر به فيجب الرجوع إليه . ولأنه نسك تعلق بالرأس فوجب استيعابه به كالمسح . فإن كان الشعر مضفوراً قصر من رءوس ضفائره كذلك . قال مالك : تقصر المرأة من جميع قرونها . ولا يجب التقصير من كل شعره ، لأن ذلك لا يعلم إلا بحلقه .

(فصل) وأى قدر قصر منه أجزأه . لأن الأمر به مطلق فيتناول الأقل . وقال أحمد . يقصر قدر الأنملة . وهو قول ابن عمر والشافعى وإسحاق وأبى ثور . وهذا محمول على الاستحباب . لقول ابن عمر « وبأى شىء قصر الشعر أجزأه ،

وكذلك لو نتفه أو أزاله بنورة . لأن القصد إزالته . والأمر به مطلق فيتناول ما يقع عليه الاسم ، ولكن السنة الحلق أو التقصير اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه . ويستحب البداية بالشق الأيمن . نص عليه . لما روى أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « للحلاق خذ ، وأشار إلى جانبه الأيمن ، ثم الأيسر ، ثم جعل يعطيه الناس » رواه مسلم . « وكان النبي صلى الله عليه وسلم يعجبه التيامن فى شأنه كله » متفق عليه قال أحمد : يبدأ بالشق الأيمن حتى يجاوز العظمتين وإن قصر من شعر رأسه ما نزل عن حد الرأس أو مما يحاذيه جاز . لأن المقصود التقصير . وقد حصل بخلاف المسح فى الوضوء . فإن الواجب المسح على الرأس وهو ما ترأس وعلا .

« مسألة » قال (وطواف النساء وسعيهن مشى كله)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أنه لا رمل على النساء حول البيت ولا بين الصفا والمروة . وليس عليهن اضطباع . وذلك لأن الأصل فيهما إظهار الجلد : ولا يقصد ذلك فى حق النساء ولأن النساء يقصد فيهن الستر وفى الرمل والاضطباع تعرض للتكشف .

« مسألة » قال (ومن سعى بين الصفا والمروة على غير طهارة كرهنا له ذلك وأجزأه)

أكثر أهل العلم يرون أن لا تشترط الطهارة للسعى بين الصفا والمروة وممن قال ذلك عطاء ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وكان الحسن يقول : إن ذكر قبل أن يحل فليعد الطواف . وإن ذكر بعد ما حل فلا شىء عليه .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة حين حاضت « اقضى ما يقضى الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت » ولأن ذلك عبادة لا تتعلق بالبيت . فأشبهت الوقوف . قال أبو داود : سمعت أحمد يقول : إذا طافت المرأة بالبيت ثم حاضت سعت بين الصفا والمروة ثم نفرت . وروى عن عائشة وأم سلمة أنهما قالتا : « إذا طافت المرأة بالبيت وصلت ركعتين ثم حاضت فلتطف بالصفا والمروة » رواه الأثرم . والمستحب مع ذلك لمن قدر على الطهارة أن لا يسعى إلا متطهراً : وكذلك يستحب

أن يكون طاهراً فى جميع مناسكه : ولا يشترط أيضاً الطهارة من النجاسة والستارة للسعى ، لأنه إذا لم تشترط الطهارة من الحدث . وهى آكد . فغيرها أولى . وقد ذكر بعض أصحابنا رواية عن أحمد : أن الطهارة فى السعى كالطهارة فى الطواف ولا يعول عليه .

« مسألة » قال (وإن أقيمت الصلاة أو حضرت جنازة وهو يطوف أو يسعى فإذا صلى بنى)

وجملة ذلك : أنه إذا تلبس بالطواف أو بالسعى ثم أقيمت المكتوبة فإنه يصلى مع الجماعة فى قول أكثر أهل العلم . منهم ابن عمر وسالم وعطاء والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وروى ذلك عنهم فى السعى . وقال مالك : يمضى فى طوافه . ولا يقطعه إلا أن يخاف أن يضر بوقت الصلاة . لأن الطواف صلاة فلا يقطعه لصلاة أخرى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة » والطواف صلاة فيدخل تحت عموم الخبر : وإذا ثبت ذلك فى الطواف بالبيت مع تأكده ففى السعى بين الصفا والمروة أولى مع أنه قول ابن عمر ومن سميناه من أهل العلم ، ولم نعرف لهم فى عصرهم مخالفاً . وإذا صلى بنى على طوافه وسعيه فى قول من سمينا من أهل العلم ، قال ابن المنذر : ولا نعلم أحداً خالف فى ذلك إلا الحسن ، فإنه قال : يستأنف . وقول الجمهور أولى ، لأن هذا فعل مشروع فى أثناء الطواف فلم يقطعه كاليسير . وكذلك الحكم فى الجنازة إذا حضرت يصلى عليها ثم يبنى على طوافه . لأنها تفوت بالتشاغل عنها . قال أحمد : ويكون ابتداؤه من الحجر يعنى أنه يبتدىء الشوط الذى قطعه من الحجر حين يشرع فى البناء .

(فصل) فإن ترك الموالاة لغير ما ذكرنا وطال الفصل ابتدأ الطواف وإن لم يطل بنى ، ولا فرق بين ترك الموالاة عمداً أو سهواً ، مثل من يترك شوطاً من الطواف يحسب أنه قد أتمه : وقال أصحاب الرأى فيمن طاف ثلاثة أشواط من طواف الزيارة ثم رجع إلى بلده : عليه أن يعود فيطوف ما بقى .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم والى بين طوافه وقال : « خذوا عنى

مناسككم ، ولأنه صلاة . فيشترط له الموالاة كسائر الصلوات ، أو نقول عبادة متعلقة بالبيت . فاشترطت لها الموالاة كالصلاة . ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العرف من غير تحديد ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى . إذا كان له عذر يشغله بنى ، وإن قطعه من غير عذر أو لحاجة استقبل الطواف . وقال : إذا أعيا في الطواف لا بأس أن يستريح . وقال الحسن غشى عليه فحمل إلى أهله فلما أفاق أتمه ، قال أبو عبد الله : فإن شاء أتمه وإن شاء استأنف ، وذلك لأنه قطعه لعذر ، فجاز البناء عليه كما لو قطعه لصلاة .

(فصل) فأما السعي بين الصفا والمروة فظاهر كلام أحمد : أن الموالاة غير مشترطة فيه ، فإنه قال في رجل كان بين الصفا والمروة فلقيه فإذا هو يعرفه يقف فيسلم عليه ويسائله ؟ قال : نعم أمر الصفا سهل إنما كان يكره الوقوف في الطواف بالبيت ، فأما بين الصفا والمروة فلا بأس ، وقال القاضي : تشترط الموالاة فيه قياساً على الطواف ، وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد ، والأول أصح ، فإنه نسك لا يتعلق بالبيت فلم تشترط له الموالاة كالرمي والحلاق ، وقد روى الأثرم « أن سودة بنت عبد الله بن عمر امرأة عروة بن الزبير سعت بين الصفا والمروة فقضت طوافها في ثلاثة أيام ، وكانت ضخمة ، وكان عطاء لا يرى بأساً أن يستريح بينهما ، ولا يصح قياسه على الطواف ، لأن الطواف يتعلق بالبيت وهو صلاة ، وتشترط له الطهارة والستارة فاشترطت له الموالاة بخلاف السعي

« مسألة » قال (وإن أحدث في بعض طوافه تطهر وابتدأ الطواف إذا كان فرضاً) .

أما إذا أحدث عمداً فإنه يبتدىء الطواف . لأن الطهارة شرط له . فإذا أحدث عمداً أبطله كالصلاة وإن سبقه الحدث ففيه روايتان :

إحداهما : يبتدىء أيضاً ، وهو قول الحسن وذلك قياساً على الصلاة .

والرواية الثانية : يتوضأ ويبنى . وبها قال الشافعي وإسحق . قال حنبل عن أحمد فيمن طاف ثلاثة أشواط أو أكثر : يتوضأ فإن شاء بنى وإن شاء استأنف . قال أبو عبد الله : يبنى إذا لم يحدث حدثاً إلا الوضوء . فإن عمل عملا غير ذلك استقبل

الطواف . وذلك لأن الموالاة تسقط عند العذر فى إحدى الروايتين . وهذا معنى فجاز له البناء . وإن اشتغل لغير الوضوء فقد ترك الموالاة لغير عذر . فلزمه الابتدا إذا كان الطواف فرضاً . فأما المسنون فلا يجب إعادته كالصلاة المسنونة إذا بطلت

« مسألة » قال (ومن طاف وسعى محمولا لعلة أجزأه) .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى صحة طواف الراكب إذا كان له عذر . فإن ابن عباس روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف فى حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن » وعن أم سلمة قالت « شكوت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنى أشتكى فقال : طوفى من وراء الناس وأنت راكبة » متفق عليهما . وقال جابر « طاف النبى صلى الله عليه وسلم على راحلته بالبيت وبين الصفا والمروة ليراه الناس ، وليشرف عليهم ليسألوه . فإن الناس غشوه » والمحمول كالراكب فيما ذكرناه .

(فصل) فأما الطواف راكباً أو محمولا لغير عذر فمفهوم كلام الخرقى : أنه لا يجزىء وهو إحدى الروايات عن أحمد . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الطواف بالبيت صلاة » ولأنها عبادة تتعلق بالبيت فلم يجز فعلها راكباً لغير عذر كالصلاة .

والثانية : يجزئه ويجبره بدم . وهو قول مالك . وبه قال أبو حنيفة إلا أنه قال : يعيد ما كان بمكة . فإن رجع جبره بدم لأنه ترك صفة واجبة فى ركن الحج . فأشبه ما لو وقف بعرفة نهاراً ودفع قبل غروب الشمس .

والثالثة : يجزئه . ولا شىء عليه . اختارها أبو بكر ، وهى مذهب الشافعى وابن المنذر . لأن النبى صلى الله عليه وسلم « طاف راكباً » قال ابن المنذر : لا قول لأحد مع فعل النبى صلى الله عليه وسلم ولأن الله تعالى أمر بالطواف مطلقاً فكيفما أتى به أجزأه . ولا يجوز تقييد المطلق بغير دليل . ولا خلاف فى أن الطواف راجلا أفضل . لأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم طافوا مشياً والنبى صلى الله عليه وسلم فى غير حجة الوداع طاف مشياً . وفى قول أم سلمة « شكوت إلى النبى صلى الله عليه وسلم أنى أشتكى فقال : طوفى من وراء الناس وأنت راكبة » دليل على أن الطواف إنما يكون مشياً . وإنما طاف النبى صلى الله عليه وسلم راكباً لعذر . فإن ابن عباس روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كثر عليه الناس يقولون :

هذا محمد هذا محمد ، حتى خرج العواتق من البيوت . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يضرب الناس بين يديه . فلما كثروا عليه ركب » رواه مسلم ، وكذلك فى حديث جابر « فإن الناس غشوه » وروى عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف راكباً لشكاة به » وبهذا يعتذر من منع الطواف راكباً عن طواف النبى صلى الله عليه وسلم والحديث الأول أثبت . فعلى هذا يكون كثرة الناس وشدة الزحام عذراً . ويحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قصد تعليم الناس مناسكهم . فلم يتمكن منه إلا بالركوب . والله أعلم .

(فصل) إذا طاف راكبا أو محمولا فلا رمل عليه ، وقال القاضى . يخب به بعيره والأول أصح . لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يفعله ولا أمر به . ولأن معنى الرمل لا يتحقق فيه .

(فصل) فأما السعى راكباً فيجزئه لعذر ولغير عذر . لأن المعنى الذى منع الطواف راكباً غير موجود فيه .

« مسألة » قال (ومن كان مفرداً أو قارنا أحببنا له أن يفسخ إذا طاف وسعى . ويجعلها عمرة ، إلا أن يكون معه هدى ، فيكون على إحرامه) .

أما إذا كان معه هدى فليس له أن يحل من إحرام الحج . ويجعله عمرة بغير خلاف نعلمه ، وقد روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة قال للناس : من كان منكم أهدى . فإنه لا يحل من شىء حرم منه حتى يقضى حجه . ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة ، وليقصر وليحلل ثم ليهل بالحج وليهد . ومن لم يجد هدياً فليصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله » متفق عليه . وأما من لا هدى معه ممن كان مفرداً أو قارنا فيستحب له إذا طاف وسعى أن يفسخ نيته بالحج ، وينوى عمرة مفردة فيقصر ويحل من إحرامه ليصير متمتعاً إن لم يكن وقف بعرفة . وكان ابن عباس يرى أن من طاف بالبيت وسعى فقد حل ، وإن لم ينو ذلك . وبما ذكرناه قال الحسن ومجاهد وداود ، وأكثر أهل العلم على أنه لا يجوز له ذلك . لأن الحج أحد النسكين فلم يجز فسخه كالعمرة . فروى ابن ماجه بإسناده عن الحارث بن بلال المزنى عن أبيه أنه قال « يا رسول الله ، فسخ الحج لنا خاصة ، أو لمن أتى ؟ قال : لنا خاصة » وروى أيضاً عن المرقع

الأسدى عن أبى ذر قال « كان ماأذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دخلنا مكة أن نجعلها عمرة ونحـــل من كل شيء أن تلك كانت لنا خاصة رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم دون جميع الناس » .

ولنا : أنه قد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر أصحابه فى حجة الوداع الذين أفردوا الحج وقرنوا أن يحلوا كلهم ويجعلوها عمرة إلا من كان معه الهدى . وثبت ذلك فى أحاديث كثيرة متفق عليهن بحيث يقرب من التواتر والقطع ولم يختلف فى صحة ذلك وثبوته عن النبى صلى الله عليه وسلم أحد من أهل العلم علمناه، وذكر أبو حفص فى شرحه قال : سمعت أبا عبد الله بن بطة يقول . سمعت أبا بكر ابن أيوب يقول . سمعت إبراهيم الحربى يقول وسئل عن فسخ الحج فقال : قال سلمة ابن شبيب لأحمد بن حنبل : ياأبا عبد الله كل شيء منك حسن جميل إلا خلة واحدة. فقال : ما هى ؟ قال تقول : بفسخ الحج . فقال أحمد : قد كنت أرى أن لك عقلا ، عندى ثمانية عشر حديثاً صحاحاً جياداً كلها فى فسخ الحج ، أتركها لقولك ؟ وقد روى فسخ الحج ابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة . وأحاديثهم متفق عليها . ورواه غيرهم وأحاديثهم كلها صحاح . قال أحمد : روى الفسخ عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر وعائشة وأسماء والبراء وابن عمر وسبرة الجهنى ، وفى لفظ حديث جابر قال « أهللنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج خالصاً وحده وليس معه عمرة فقدم النبى صلى الله عليه وسلم صبح رابعة مضت من ذى الحجة فلما قدمنا أمرنا النبى صلى الله عليه وسلم أن نحل قال : أحلوا وأصيبوا من النساء . قال : فبلغه عنا أنا نقول : لم يكن بيننا وبين عرفة إلا خمس ليال أمرنا أن نحل إلى نسائنا ، فنأتى عرفة تقطر مذاكيرنا المنى . قال : فقام رسول الله (ص) فقال : قد علمتم أنى أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم . ولولا هديى لحللت كما تحلون . فحلوا . ولو استقبلت من من أمرى ما استدبرت ما أهديت . قال : فحللنا وسمعنا وأطعنا . قال : فقال سراقة ابن مالك بن جعشم المدلجى : متعتنا هذه يا رسول الله لعامنا هذا أم للابد ؟ فظنه محمد بن بكر أنه قال : للأبد » متفق عليه ، فأما حديثهم فقال أحمد : روى هذا الحديث الحارث بن بلال ، فمن الحارث بن بلال ؟ يعنى أنه مجهول ولم يروه إلا

الدراوردي . وحديث أبي ذر رواه مرقع الأسدي . فمن مرقع الأسدي ؟ شاعر من أهل الكوفة ولم يلق أبا ذر . فقيل له . أفليس قد روى الأعمش عن إبراهيم التيمى عن أبيه عن أبي ذر ؟ قال : كانت متعة الحج لنا خاصة أصحاب رسول الله (ص) قال : أفيقول بهذا أحد ؟ المتعة فى كتاب الله . وقد أجمع الناس على أنها جائزة . قال الجوزجاني : مرقع الأسدي ليس بمشهور . ومثل هذه الأحاديث في ضعفها وجهالة رواتها لا تقبل إذا انفردت ، فكيف تقبل فى رد حكم ثابت بالتواتر ، مع أن قول أبي ذر من رأيه وقد خالفه من هو أعلم منه وقد شذ به عن الصحابة رضى الله عنهم ؟ فلا يلتفت إلى هذا وقد اختلف لفظه فى أصح الطريقين عنه قوله مخالف لكتاب الله تعالى وقول رسول الله وإجماع المسلمين وسنن رسول الله (ص) الثابتة الصحيحة . فلا يحل الاحتجاج به . وأما قياسهم فى مقابلة قول رسول الله (ص) فلا يقبل على أن قياس الحج على العمرة فى هذا لا يصح . فإنه يجوز قلب الحج إلى العمرة فى حق من فاته الحج ومن حصر عن عرفة ، والعمرة لا تصير حجاً بحال ، ولأن فسخ الحج إلى العمرة يصير به متمتعاً فتحصل الفضيلة . وفسخ العمرة إلى الحج يفوت الفضيلة . ولا يلزم من مشروعية ما يحصل الفضيلة مشروعية تفويتها .

(فصل) وإذا فسخ الحج إلى العمرة صار متمتعاً حكمه حكم المتمتعين فى وجوب الدم وغيره . وقال القاضى : لا يجب الدم . لأن من شرط وجوبه أن ينوى فى ابتداء العمرة أو فى أثنائها أنه متمتع وهذه دعوى لا دليل عليها تخالف عموم الكتاب وصريح السنة الثابتة ، فإن الله تعالى قال (٢ : ١٩٦ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) وفى حديث ابن عمر أن النبى (ص) قال « من لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحل ، ثم ليهل بالحج وليهد . ومن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع إلى اهله » متفق عليه . ولأن وجوب الدم فى المتعة للترفه بسقوط أحد السفرين . وهذا المعنى لا يختلف بالنية وعدمها . فوجب أن لا يختلف وجوب الدم . على أنه لو ثبت أن النية شرط فقد وجدت . فإنه ما حل حتى نوى أنه يحل ثم يحرم بالحج .

(مسألة) قال : (ومن كان متمتعاً قطع التلبية إذا وصل إلى البيت) .

قال أبو عبد الله : يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن وهو معنى قول الخرقي إذا وصل إلى البيت . وبهذا قال ابن عباس وعطاء وعمرو بن ميمون وطاوس والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر وعروة والحسن : يقطعها إذا دخل الحرم ؛ وقال سعيد بن المسيب : يقطعها حين يرى عرش مكة ، وحكي عن مالك : أنه إن أحرم من الميقات قطع التلبية إذا وصل إلى الحرم ، وإن أحرم بها من أدنى الحل قطع التلبية حين يرى البيت .

ولنا : ما روي عن ابن عباس يرفع الحديث . كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحجر . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر ولم يزل يلبي حتى استلم الحجر ، ولأن التلبية إجابة إلى العبادة وإشعار للإقامة عليها . وإنما يتركها إذا شرع فيما ينافيها وهو التحلل منها ، والتحلل يحصل بالطواف والسعي . فإذا شرع في الطواف فقد أخذ في التحلل فينبغي أن يقطع التلبية كالحاج يقطعها إذا شرع في رمي جمرة العقبة . لحصول التحلل بها ، وأما قبل ذلك فلم يشرع فيما ينافيها فلا معنى لقطعها . والله تعالى أعلم .

باب صفة الحج

نذكر في هذا الباب صفة الحج بعد حل المتمتع من عمرته . ونبدأ بذكر حديث جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم . ونقتصر منه على ما يختص بهذا الباب ، وقد ذكرنا بعضه مفرقا في الأبواب الماضية . وهو حديث جامع صحيح . رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر ، وذكر الحديث قال « فحل الناس كلهم وقصروا إلا النبي صلى الله عليه وسلم ومن كان معه هدي . فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج . وركب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى منى ، فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم

مكث قليلا حتى طلعت الشمس ، وأمر بقبة من شعر تضرب له بنمرة فسار رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تشك قريش ، إلا أنه واقف عند المشعر الحرام كما كانت قريش تصنع فى الجاهلية فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى اذا أتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة ، فنزل بها حتى إذا زالت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له ، فأتى بطن الوادى فخطب الناس . وقال : إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا ، فى بلدكم هذا ألا إن كل شىء من أمر الجاهلية تحت قدمى موضوع ، ودماء الجاهلية موضوعة ، وإن أول دم أضعه من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث ـ كان مسترضعاً فى بنى سعد فقتله هذيل وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع من ربانا ربا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله ، فاتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقد تركت فيكم ما لن تضلوا بعده إن اعتصمتم به كتاب الله وأنتم تسألون عنى فما أنتم قائلون ؟ قالوا نشهد أنك قد بلغت وأديت ونصحت ، فقال بأصبعه السبابة يرفعها إلى السماء وينكبها إلى الناس : اللهم اشهد اللهم اشهد ـ ثلاث مرات ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئاً ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى الموقف فجعل بطن ناقته القصواء إلى الصخرات ، وجعل حبل المشاة بين يديه ، فاستقبل القبلة فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص . وأردف أسامة خلفه ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد شنق للقصواء الزمام حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله ، ويقول بيده اليمنى : أيها الناس السكينة السكينة ، كلما أتى حبلا من الحبال أرخى لها قليلا حتى تصعد ، حتى أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد وإقامتين ، ولم يسبح بينهما شيئا ثم اضطجع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى طلع الفجر ، فصلى الصبح حين تبين له الصبح بأذان وإقامة . ثم ركب القصواء ، حتى أتى المشعر الحرام . فاستقبل القبلة . فدعا الله وكبره وهلله ووحده . ولم يزل واقفاً حتى أسفر جداً ، فدفع قبل أن تطلع الشمس ، وأردف الفضل بن عباس . وكان رجلا حسن الشعر أبيض وسيما

فلما دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم مرت به ظعن يجرين فطفق الفضل ينظر إليهن . فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده على وجه الفضل . فحول الفضل وجهه إلى الشق الآخر ينظر ، فحول رسول الله صلى الله عليه وسلم يده من الشق الآخر على وجه الفضل فصرف وجهه من الشق الآخر ينظر ، حتى أتى بطن محسر فحرك قليلا(١) ثم سلك الطريق الوسطى التى تخرج على الجمرة الكبرى ، حتى أتى الجمرة التى عند الشجرة(٢) فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى الخذف رمى من بطن الوادى ، ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده ، ثم أعطى عليا فنحر ما غبر(٣) وأشركه فى هديه . ثم أمر من كل بدنة ببضعة . فجعلت فى قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها . ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفاض إلى البيت « فصلى بمكة الظهر فأتى بنى عبد المطلب وهم يسقون على زمزم . فقال : انزعوا بنى عبد المطلب . فلولا أن يغلبكم الناس على سقايتكم لنزعت معكم . فناولوه دلوا فشرب منه (٤) قال عطاء كان منزل النبى صلى الله عليه وسلم بمنى بالخيف »

« مسألة » قال (واذا كان يوم التروية أهل بالحج ومضى إلى منى)

يوم التروية : اليوم الثامن من ذى الحجة . يسمى بذلك لأنهم كانوا يتروون من الماء فيه يعدونه ليوم عرفة . وقيل سمى بذلك لأن إبراهيم عليه السلام رأى ليلتئذ فى المنام ذبح ابنه : فأصبح يروى فى نفسه أهو حلم أم من الله تعالى ؟ فسمى يوم التروية فلما كانت ليلة عرفة رأى ذلك أيضاً فعرف أنه من الله تعالى فسمى يوم عرفة . والله أعلم .

والمستحب لمن كان بمكة حلالا من المتمتعين الذين حلوا من عمرتهم أو من كان مقيما بمكة من أهلها أو من غيرهم أن يحرموا يوم التروية حين يتوجهون إلى منى وبهذا قال ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وإسحاق ،

---

(١) أى حرك ركابه مسرعا .
(٢) هى جمرة العقبة وهى الكبرى .
(٣) أى ما بقى من البدن التى أهداها وهو ٣٧ ناقة تتمة ١٠٠ .
(٤) هذا آخر حديث جابر ولم يذكر من أوله لتقدم بعضه متفرقاً .

وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأهل مكة : « مالكم يقدم الناس عليكم شعثاً ؟ إذا رأيتم الهلال فأهلوا بالحج » وهذا مذهب ابن الزبير . وقال مالك : من كان بمكة فأحب أن يهل من المسجد لهلال ذى الحجة .

ولنا : قول جابر « فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج » وفى لفظ عن جابر قال « أمرنا النبي صلى الله عليه وسلم لما حللنا أن نحرم إذا توجهنا إلى منى فأهللنا من الأبطح . حتى إذا كان يوم التروية جعلنا مكة بظهر أهللنا بالحج » رواه مسلم . وعن عبيد بن جريج أنه قال لعبد الله بن عمر « رأيتك إذا كنت بمكة أهل الناس ولم تهل أنت حتى يكون يوم التروية ؟ فقال عبد الله بن عمر : أما الإهلال فإني لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته » متفق عليه . ولأنه ميقات للاحرام . فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم كميقات المكان . وإن أحرم قبل ذلك كان جائزاً .

(فصل) ومن حيث أحرم من مكة جاز لقول النبي صلى الله عليه وسلم فى المواقيت « حتى أهل مكة يهلون منها » وإن أحرم خارجاً منها من الحرم جاز . لقول جابر « فأهللنا من الأبطح » ويستحب أن يفعل عند إحرامه هذا ما يفعله عند الإحرام من الميقات من الغسل والتنظيف ، ويتجرد عن المخيط ويطوف سبعاً ويصلى ركعتين ثم يحرم عقيبهما . وممن استحب ذلك : عطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والثورى والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، ولا يسن أن يطوف بعد إحرامه قال ابن عباس : لا أرى لأهل مكة أن يطوفوا بعد أن يحرموا بالحج . ولا أن يطوفوا بين الصفا والمروة حتى يرجعوا . وهذا مذهب عطاء ومالك وإسحاق . وإن طاف بعد إحرامه ثم سعى لم يجزئه عن السعى الواجب ، وهو قول مالك ، وقال الشافعي : يجزئه . وفعله ابن الزبير وأجازه القاسم بن محمد وابن المنذر . لأنه سعى فى الحج مرة فأجزأه كما لو سعى بعد رجوعه من منى .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه أن يهلوا بالحج إذا خرجوا إلى منى . وقالت عائشة « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف الذين أهلوا بعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ، ثم حلوا ثم طافوا طوافاً آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم » ولو شرع لهم الطواف قبل الخروج لم يتفقوا على تركه .

« مسألة » قال (ومضى إلى منى فصلى بها الظهر إن أمكنه . لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه صلى بمنى خمس صلوات »)

وجملة ذلك : أن المستحب أن يخرج محرماً من مكة يوم التروية فيصلى الظهر بمنى ؛ ثم يقيم حتى يصلى بها الصلوات الخمس ويبيت بها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . كما جاء فى حديث جابر . وهذا قول سفيان ومالك والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه مخالفاً . وليس ذلك واجباً فى قولهم جميعاً قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وتخلفت عائشة ليلة التروية حتى ذهب ثلثا الليل وصلى ابن الزبير بمكة ،

(فصل) فإن صادف يوم التروية يوم جمعة فمن أقام بمكة حتى تزول الشمس ممن تجب عليه الجمعة لم يخرج حتى يصليها . لأن الجمعة فرض والخروج إلى منى فى ذلك الوقت غير فرض . فأما قبل الزوال فإن شاء خرج ، وإن شاء أقام حتى يصلى . فقد روى أن ذلك وافق أيام عمر بن عبد العزيز فخرج إلى منى . وقال عطاء : كل من أدركت يصنعونه أدركتهم يجمع (١) بمكة إمامهم ويخطب . ومرة لا يجمع ولا يخطب . فعلى هذا إذا خرج الإمام أمر بعض من تخلف أن يصلى بالناس الجمعة . وقال أحمد : إذا كان والى مكة بمكة يوم الجمعة يجمع بهم ، قيل له : يركب من منى . فيجيء إلى مكة فيجمع بهم ؟ قال : لا إذا كان هو بعد بمكة .

« مسألة » قال (فإذا طلعت الشمس دفع إلى عرفة فأقام بها حتى يصلى الظهر والعصر بإقامة لكل صلاة . وإن أذن فلا بأس ، وإن فاته مع الإمام صلى فى رحله) .

وجملة ذلك : أن المستحب أن يدفع إلى الموقف من منى إذا طلعت الشمس يوم عرفة . فيقيم بنمرة وإن شاء بعرفة حتى تزول الشمس . ثم يخطب الإمام خطبة يعلم الناس فيها مناسكهم من موضع الوقوف ووقته والدفع من عرفات ومبيتهم بمزدلفة وأخذ الحصى لرمى الجمار . لما تقدم فى حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . ثم يأمر بالأذان فينزل فيصلى الظهر والعصر يجمع

---

(١) بتشديد الميم أى يصلى الجمعة .

بينهما ويقيم لكل صلاة إقامة . وقال أبو ثور : يؤذن المؤذن إذا صعد الإمام المنبر فجلس فإذا فرغ المؤذن قام الإمام فخطب وقيل : يؤذن فى آخر خطبة الإمام . وحديث جابر يدل على أنه أذن بعد فراغ النبى صلى الله عليه وسلم من خطبته . وكيفما فعل فحسن . وقوله : « وإن أذن فلا بأس » كأنه ذهب إلى أنه مخير بين أن يؤذن للأولى أو لا يؤذن . وكذا قال أحمد : لأن كلا مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والأذان أولى . وهو قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى . وقال مالك : يؤذن لكل صلاة . واتباع ما جاء فى السنة أولى . وهو مع ذلك موافق للقياس ، كما فى سائر المجموعات والفوائت . وقول الخرقى . فإن فاته مع الإمام صلى فى رحله ، يعنى أن المفرد يجمع كما يجمع مع الإمام . فعله ابن عمر ، وبه قال عطاء ومالك والشافعى وإسحق وأبو ثور وصاحبا أبى حنيفة ، وقال النخعى والثورى وأبو حنيفة : لا يجمع إلا مع الإمام . وإذا لم يكن إمام رجعنا إلى الأصل .

ولنا : أن ابن عمر كان إذا فاته الجمع بين الظهر والعصر مع الإمام بعرفة جمع بينهما منفرداً . ولأن كل جمع جاز مع الإمام جاز منفرداً كالجمع بين العشاءين بجمع (١) . وقولهم : إنما جاز الجمع فى الجماعة لا يصح ، لأنهم قد سلموا أن الإمام يجمع وإن كان منفرداً .

(فصل) والسنة تعجيل الصلاة حين تزول الشمس ، وأن يقصر الخطبة ثم يروح إلى الموقف . لما روى سالم أنه قال للحجاج يوم عرفة : « إن كنت تريد أن تصيب السنة فقصر الخطبة وعجل الصلاة فقال ابن عمر : صدق » رواه البخارى ، ولأن تطويل ذلك يمنع الرواح إلى الموقف فى أول وقت الزوال والسنة التعجيل فى ذلك . فقد روى سالم : أن الحجاج أرسل إلى ابن عمر « أية ساعة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يروح فى هذا اليوم ؟ قال : إذا كان ذاك رحنا ، فلما أراد ابن عمر الأن يروح قال : أزاغت الشمس ؟ قالوا لم تزغ ، فلما قالوا قد زاغت ارتحل » رواه أبو داود . وقال ابن عمر « غدا رسول الله صلى الله عليه وسلم من منى حين صلى الصبح صبيحة يوم عرفة حتى أتى عرفة . فنزل بنمرة حتى إذا كان

---

(١) أى المزدلفة .

عند صلاة الظهر راح رسول الله صلى الله عليه وسلم مهجراً . فجمع بين الظهر والعصر . ثم خطب الناس . ثم راح فوقف على الموقف من عرفة ، وقد ذكرنا حديث جابر فى هذا ، قال ابن عبد البر : هذا كله لا خلاف فيه بين علماء المسلمين .

(فصل) ويجوز الجمع لكل من بعرفة من مكى وغيره ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الإمام يجمع بين الظهر والعصر بعرفة . وكذلك من صلى مع الإمام . وذكر أصحابنا : أنه لا يجوز الجمع إلا لمن بينه وبين وطنه ستة عشر فرسخاً إلحاقا له بالقصر . وليس بصحيح . لان النبى صلى الله عليه وسلم جمع فجمع معه من حضره من المكيين وغيرهم . ولم يأمرهم بترك الجمع كما أمرهم بترك القصر حين قال « أتموا فانا سفر » ولو حرم الجمع لبينه لهم . إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولا يقر النبى صلى الله عليه وسلم على الخطأ ، وقد كان عثمان يتم الصلاة . لأنه اتخذ أهلا ولم يترك الجمع . وروى نحو ذلك عن ابن الزبير . قال ابن أبى مليكة : وكان ابن الزبير يعلمنا المناسك ، فذكر أنه قال : « إذا أفاض فلا صلاة إلا بجمع » رواه الأثرم . وكان عمر بن عبد العزيز والى مكة فخرج فجمع بين الصلاتين ولم يبلغنا عن أحد من المتقدمين خلاف فى الجمع بعرفة ومزدلفة بل وافق عليه من لا يرى الجمع فى غيره، والحق فيما أجمعوا عليه فلا يعرج على غيره .

(فصل) فأما قصر الصلاة فلا يجوز لأهل مكة ، وبهذا قال عطاء ومجاهد والزهرى وابن جريج والثورى ويحيى القطان والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر . وقال القاسم بن محمد وسالم ومالك والأوزاعى . لهم القصر . لأن لهم الجمع فكان لهم القصر كغيرهم .

ولنا : أنهم فى غير سفر بعيد فلم يجز لهم القصر كغير من فى عرفة ومزدلفة قيل لأبى عبد الله : فرجل أقام بمكة ثم خرج إلى الحج ؟ قال : إن كان لا يريد أن يقيم بمكة إذا رجع صلى ثم ركعتين ، وذكر فعل ابن عمر . قال : لأن خروجه إلى منى وعرفة ابتداء سفر . فان عزم على أن يرجع فيقيم بمكة أتم بمنى وعرفة .

« مسألة » قال (ثم يصير إلى موقف عرفة عند الجبل ، وعرفة كلها موقف ويرفع عن بطن عرنة فإنه لا يجزئه الوقوف فيه) .

يعنى : إذا صلى الصلاتين صار إلى الوقوف بعرفة . ويستحب أن يغتسل للوقوف . كان ابن مسعود يفعله . وروى عن على . وبه يقول الشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . لأنها مجمع للناس . فاستحب الاغتسال لها كالعيد والجمعة . وعرفة كلها موقف فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « قد وقفت ههنا وعرفة كلها موقف » رواه أبو داود وابن ماجه . وعن يزيد بن شيبان قال : « أتانا ابن مربع الأنصارى ونحن بعرفة فى مكان يباعده عمرو عن الإمام فقـــال : إنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إليكم يقول : كونوا على مشاعركم فإنكم على إرث من إرث أبيكم ابراهيم » وحد عرفة من الجبل المشرف على عرنة الى الجبال المقابلة له الى ما يلى حوائط بنى عامر . وليس وادى عرنة من الموقف . ولا يجزئه الوقوف فيه . قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن من وقف به لا يجزئه ، وحكى عن مالك : أنه يهريق دما وحجه تام .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « كل عرفة موقف وارفعوا عن بطن عرنة » رواه ابن ماجه . ولأنه لم يقف بعرفة فلم يجزئه ، كما لو وقف بمزدلفة . والمستحب أن يقف عند الصخرات وجبل الرحمة . ويستقبل القبلة . لما جاء فى حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل بطن ناقته القصواء الى الصخرات وجعل حبل المشاة بين يديه واستقبل القبلة » .

(فصل) والأفضل : أن يقف راكباً على بعيره . كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم . فإن ذلك أعون له على الدعاء . قال أحمد . حين سئل عن الوقوف راكباً ؟ فقال : النبى صلى الله عليه وسلم وقف على راحلته ، وقيل : الراجل أفضل لأنه أخف على الراحلة ويحتمل التسوية بينهما .

(فصل) والوقوف ركن لا يتم الحج الا به إجماعا . وقد روى الثورى عن بكير بن عطاء الليثى عن عبد الرحمن بن نعم الديلى قال : « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفة ، فجاء نفر من أهل نجد . فقالوا : يا رسول الله كيف الحج ؟ قال : الحج عرفة . فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه » رواه أبو داود وابن ماجه . قال محمد بن يحيى : ما أرى للثورى حديثاً أشرف منه

« مسألة » قال فيكبر ويهلل ويجتهد فى الدعاء إلى غروب الشمس)

يستحب الاكثار من ذكر الله تعالى والدعاء يوم عرفة ، فإنه يوم ترجى فيه الإجابة . ولذلك أحببنا له الفطر يومئذ ليتقوى على الدعاء ، مع أن صومه بغير عرفة يعدل سنتين ، وروى ابن ماجه فى سننه قال قالت عائشة رضى الله عنها : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما من يوم أكثر أن يعتق الله فيه عبداً من النار من يوم عرفة ، فإنه ليدنو عز وجل ثم يباهى بكم الملائكة ، فيقول : ما أراد هؤلاء؟ » رواه مسلم ، ويستحب أن يدعو بالمأثور من الأدعية ، مثل ما روى عن على رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أكثر دعاء الأنبياء قبلى ودعائى عشية عرفة : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد يحيى ويميت وهو على كل شىء قدير » وكان ابن عمر يقول « الله أكبر الله أكبر ولله الحمد ، الله أكبر الله أكبر ولله الحمد ، الله أكبر الله أكبر ولله الحمد ، لا إله الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، اللهم اهدنى بالهدى وقنى بالتقوى واغفر لى فى الآخرة والأولى ، ويرد يديه ويسكت كقدر ما كان إنسان قارئا فاتحة الكتاب ثم يعود فيرفع يديه ويقول مثل ذلك . ولم يزل يفعل مثل ذلك حتى أفاض » وسئل سفيان بن عيينة عن أفضل الدعاء يوم عرفة ؟ فقال : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شىء قدير ، فقيل له : هذا ثناء وليس بدعاء ، فقال ، أما سمعت قول الشاعر :

أأذكر حاجتى ، أم قد كفانى حياؤك ؟ إن شيمتك الحياء
إذا أثنى عليك المرء يوما كفاه من تعرضه الثناء

وروى من دعاء النبى صلى الله عليه وسلم بعرفة « اللهم إنك ترى مكانى وتسمع كلامى ، وتعلم سرى وعلانيتى ؛ ولا يخفى عليك شىء من أمرى ، أنا البائس الفقير ، المستغيث المستجير ، الوجل المشفق ، المقر المعترف بذنبه ، أسألك مسألة المسكين ، وأبتهل إليك ابتهال المذنب الذليل ، وأدعوك دعاء الخائف الضرير ، من خشعت لك رقبته ، وذل لك جسده ، وفاضت لك عينه ، ورغم لك أنفه » .

ورويناعن سفيان الثورى أنه قال ، سمعت أعرابيا وهو مستلق بعرفة يقول : الهى من أولى بالزلل والتقصير منى وقد خلقتنى ضعيفا ، ومن أولى بالعفو عنى منك وعلمك فى سابق وأمرك بى محيط ، أطعتك بإذنك والمنة لك ، وعصيتك بعلمك والحجة لك ، فأسألك بوجوب حجتك وانقطاع حجتى ، وبفقرى اليك وغناك عنى ، أن تغفر لى وترحمنى ، الهى لم أحسن حتى أعطيتنى ، ولم أسىء حتى قضيت على ، اللهم أطعتك بنعمتك فى أحب الأشياء اليك شهادة أن لا اله الا الله ، ولم أعصك فى أبغض الأشياء اليك الشرك بك ، فاغفر لى ما بينهما ، اللهم أنت أنس المؤنسين لأوليائك ، وأقربهم بالكفاية من المتوكلين عليك ، تشاهدهم فى ضمائرهم وتطلع على سرائرهم ، وسرى اللهم لك مكشوف ، وأنا اليك ملهوف ، اذا أوحشتنى الغربة آنسنى ذكرك . واذا أصمت على الهموم لجأت اليك استجارة بك . علما بأن أزمة الأمور بيدك ومصدرها عن قضائك ».

وكان ابراهيم بن اسحاق الحربى يقول : اللهم قد آويتنى من ضناى وبصرتنى من عماى : وأنقذتنى من جهلى وجفائى أسألك ما يتم به فوزى وما أؤمل فى عاجل دنياى ودينى ومأمول أجلى ومعادى ثم مالا أبلغ أداء شكره ولا أنال احصاءه وذكره الا بتوفيقك والهامك . أن هيجت قلبى القاسى على الشخوص الى حرمك وقويت أركانى الضعيفة لزيارة عتيق بيتك ، ونقلت بدنى لإشهادى مواقف حرمك اقتداءاً بسنة خليلك واحتذاء على مثال رسولك واتباعا لآثار خيرتك وأنبيائك وأصفيائك صلى الله عليهم وأدعوك فى مواقف الأنبياء عليهم السلام ومناسك السعداء ومساجد الشهداء . دعاء من أتاك لرحمتك راجيا . وعن وطنه نائيا ولقضاء نسكه مؤديا ، ولفرائضك قاضيا ولكتابك تاليا ولربه عز وجل داعيا ملبيا ولقلبه شاكيا ولذنبه خاشيا ولخطئه مخطئا ولرهنه مغلقا ولنفسه ظالما وبجرمه عالما ، دعاء من عمت عيوبه وكثرت ذنوبه وتصرمت أيامه واشـــتدت فاقته وانقطعت مدته دعاء من ليس لذنبه سواك غافرا ولا لعيبه غيرك مصلحا ولا لضعفه غيرك مقويا ولا لكسره غيرك جابراً ولا لمأمول خير غيرك معطيا ولا لما يتخوف من حر ناره غيرك معتقا :

اللهم وقد أصبحت فى بلد حرام فى شهر حرام فى قيام من خير الأنام أسألك

أن لا تجعلني أشقى خاتمك المذنبين عندك ، ولا أخيب الراجين لديك ولا أحرم الاملين لرحمتك الزائرين لبيتك ولا أخسر المنقلبين من بلادك .

اللهم وقد كان تقصيرى ما قد عرفت ومن توبيقى نفسى ما قد علمت ومن مظالمى ما قد أحصيت فكم من كرب منه قد نجيت ومن غم قد جليت وهم قد فرجت ودعاء قد استجبت . وشدة قد أزلت ورخاء قد أنلت منك النعماء وحسن القضاء ومنى الجفاءوطول الاستقصاء والتقصير عن أداء شكرك لك النعماءيامحمود فلا يمنعك يا محمود منإعطائى مسألتىمنحاجتى الى حيث انتهى لها سؤلى ماتعرف من تقصيرى وما تعلم من ذنوبى وعيوبى .

اللهم فأدعوك راغبا وأنصب لك وجهى طالبا وأضع لك خدى مذنبا راهبا فتقبل دعائى وارحم ضعفى وأصلح الفساد من أمرى واقطع من الدنيا همى وحاجتى واجعل فيما عندك رغبتى ، اللهم واقلبنى منقلب المدركين لرجائهم المقبول دعاؤهم المفلوج حجتهم المبرور حجهم المغفور ذنبهم المحطوط خطاياهم الممحو سيئاتهم المرشود أمرهم ، منقلب من لا يعصى لك بعده أمراً ، ولا يأتى من بعده مأثما . ولا يركب بعده جهلا ، ولا يحمل بعده وزراً . منقلب من عمرت قلبه بذكرك . ولسانه بشكرك وطهرت الادناس من بدنه . واستودعت الهدى قلبه . وشرحت بالإسلام صدره . وأقررت بعفوك قبل الممات عينه . وأغضضت عن المآثم بصره . واستشهدت فى سبيلك نفسه يا أرحم الراحمين . وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما كثيراً كما تحب ربنا وترضى ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم .

وقول الخرقى « الى غروب الشمس » معناه : ويجب عليه الوقوف الى غروب الشمس ليجمع بين الليل والنهار فى الوقوف بعرفة فإن النبى صلى الله عليه وسلم وقف بعرفة حتى غابت الشمس فى حديث جابر . وفى حديث على وأسامة « أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع حين غابت الشمس » فإن دفع قبل الغروب فحجه صحيح فى قول جماعة الفقهاء الا مالكا قال . لا حج له . قال ابن عبد البر لا نعلم أحداً من فقهاء الامصار . قال بقول مالك . وحجته ما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك عرفات بليل فقد أدرك الحج ، ومن

فاته عرفات بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة ، وعليه الحج من قابل » .

ولنا ما روى عروة بن مضرس بن أوس بن حارثة بن لام الطائى قال « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة ، حين خرج إلى الصلاة ، فقلت : يارسول الله ، إنى جئت من جبلى طى ، أكللت راحلتى وأتعبت نفسى ، والله ما تركت من جبل إلا وقفت عليه ، فهل لى من حج ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شهد صلاتنا هذه ، ووقف معنا حتى يدفع ، وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه » .

قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، ولأنه وقف فى زمن الوقوف : فأجزأه كالليل ، فأما خبره فإنما خص الليل لأن الفوات يتعلق به إذا كان يوجد بعد النهار . فهو آخر وقت الوقوف كما قال عليه السلام « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها ، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها » .

وعلى من دفع قبل الغروب دم فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ومن تبعهم ، وقال ابن جريج . عليه بدنة ، وقال الحسن البصرى : عليه هدى من الابل .

ولنا أنه واجب لا يفسد الحج بفواته ، فلم يوجب البدنة كالاحرام من الميقات .

(فصل) فإن دفع قبل الغروب ثم عاد نهاراً فوقف حتى غربت الشمس فلا دم عليه ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال الكوفيون وأبو ثور : عليه دم لأنه بالدفع لزمه الدم ، فلم يسقط برجوعه كما لو عاد بعد غروب الشمس .

ولنا أنه أتى بالواجب وهو الجمع بين الوقوف فى الليل والنهار فلم يجب عليه دم ، كمن تجاوز الميقات غير محرم ، ثم رجع فأحرم منه ، فإن لم يعد حتى غربت الشمس فعليه دم لأن عليه الوقوف حال الغروب ، وقد فاته بخروجه فأشبه من تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم عاد إليه ، ومن لم يدرك جزءاً من النهار ولا جاء عرفة حتى غابت الشمس ، فوقف ليلا فلا شىء عليه وحجه تام ، لا نعلم مخالفا ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من أدرك عرفات بليل » ولأنه لم يدرك جزءاً من النهار فأشبه من منزله دون الميقات إذا أحرم منه .

﴿ فصـــل ﴾

وقت الوقوف : من طلوع الفجر يوم عرفة إلى طلوع الفجر من يوم النحر ، لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن آخر الوقت : طلوع فجر يوم النحر ، قال جابر « لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع » قال أبو الزبير : فقلت له « أقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ؟ قال نعم » رواه الأثرم : وأما أوله : فمن طلوع الفجر يوم عرفة ، فمن أدرك عرفة فى شىء من هذا الوقت وهو عاقل فقد تم حجه ، وقال مالك والشافعى : أول وقته زوال الشمس من يوم عرفة : واختاره أبو حفص العكبرى ، وحمل عليه كلام الخرقى ، وحكى ابن عبد البر ذلك إجماعاً ، وظاهر كلام الخرقى ما قلناه فإنه قال : ولو وقف بعرفة نهاراً ودفع قبل الامام فعليه دم

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه » ولأنه من يوم عرفة ، فكان وقتا للوقوف كبعد الزوال . وترك الوقوف لا يمنع كونه وقتا للوقوف كبعد العشاء ، وإنما وقفوا فى وقت الفضيلة ولم يستوعبوا جميع وقت الوقوف .

(فصل) وكيفما حصل بعرفة وهو عاقل أجزأه قائما أو جالسا أو راكبا أو نائما ، وإن مر بها مجتازا فلم يعلم أنها عرفة أجزأه أيضا ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة ، وقال أبو ثور : لا يجزئه لأنه لا يكون واقفا إلا بإرادة[1] .

ولنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم « وقد أتى عرفات قبل ذلك ليلا أو نهاراً » ولأنه حصل بعرفة فى زمن الوقوف وهو عاقل ، فأجزأه كما لو علم ، وإن وقف وهو مغمى عليه أو مجنون ، ولم يفق حتى خرج منها لم يجزئه ، وهو قول الحسن والشافعى وأبى ثور وإسحاق وابن المنذر ، وقال عطاء فى المغمى عليه : يجزئه . وهو قول مالك وأصحاب الرأى .

---

(١) هذا هو الذى يقوم عليه الدليل وغرض الشارع وما رأيت فى المذاهب الأربعة أغرب من هذه المسألة .

وقد توقف أحمد رحمه الله فى هذه المسألة ، وقال الحسن يقول بطل حجه وعطاء يرخص فيه ، وذلك لأنه لا يعتبر له نية ولا طهارة ، ويصح من النائم فصح من المغمى عليه كالمبيت بمزدلفة ، ومن نصر الأول قال : ركنا من أركان الحج ، فلم يصح من المغمى عليه كسائر أركانه ، قال ابن عقيل : والسكران كالمغمى عليه لأنه زائل العقل بغير نوم فأشبه المغمى عليه ، وأما النائم فيجزئه الوقوف لأنه فى حكم المستيقظ .

(فصـــل) ولا يشترط للوقوف طهارة ولا ستارة ولا استقبال ولا نية ؛ ولا نعلم فى ذلك خلافا ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الوقوف بعرفة غير طاهر مدرك للحج ، ولا شىء عليه وفى قول النبى (ص) لعائشة « افعلى ما يفعله الحاج غير الطواف بالبيت » دليل على أن الوقوف بعرفة على غير طهارة جائز ، ووقفت عائشة رضى الله عنها بها حائضاً بأمر النبى (ص) ويستحب أن يكون طاهراً ، قال أحمد : يستحب له أن يشهد المناسك كلها على وضوء ، كان عطاء يقول : لا يقضى شيئا من المناسك الا على وضوء .

« مسأله » قال ﴿ فإذا دفع الامام دفع معه الى مزدلفة ﴾

الامام هنا : الوالى الذى اليه أمر الحج من قبل الامام ، ولا ينبغى للناس أن يدفعوا حتى يدفع ، قال أحمد : ما يعجبنى أن يدفع الا مع الامام ، وسئل عن رجل دفع قبل الامام بعد غروب الشمس ؟ فقال : ما وجدت عن أحد أنه سهل فيه كلهم يشدد فيه ، والمستحب : أن يقف حتى يدفع الامام ثم يسير نحو المزدلفة على سكينة ووقار ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم حين دفع « وقد شنق لنـــاقته القصواء بالزمام ، حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله ويقول بيده اليمنى : أيها الناس السكينة السكينة » هذا فى حديث جابر .

وروى عن ابن عباس « أنه دفع مع النبى صلى الله عليه وسلم يوم عرفة ، فسمع النبى صلى الله عليه وسلم ورأى زجراً شديداً وضربا للابل ، فأشار بصوته اليهم وقال : أيها الناس عليكم السكينة ، فإن البر ليس بإيضاع الابل » رواه البخارى ، وقال عروة « سئل أسامة وأنا جالس ، كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يسير فى حجة الوداع ؟ قال : كان يسير العنق ، فاذا وجد فجوة نص » قال هشام بن عروة والنص فوق العنق ، متفق عليه .

« مسألة » قال (ويكبر فى الطريق ، ويذكر الله تعالى)

ذكر الله تعالى يستحب فى الأوقات كلها وهو فى هذا الوقت أشد تأكيداً ، لقول الله تعالى (٢ . ١٩٩ فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) ولأنه زمن الاستشعار بطاعة الله تعالى والتلبس بعبادته والسعى الى شعائره ، وتستحب التلبية وذكر قوم أنه لا يلبى .

ولنا ما روى الفضل بن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة » متفق عليه ، وعن عبد الرحمن بن يزيد قال « شهدت ابن مسعود يوم عرفة وهو يلبى فقال له رجل كلمة ، فسمعته زاد فى تلبيته شيئا لم أسمعه قبل ذلك قالها : لبيك عدد التراب » ويستحب أن يمضى على طريق المأزمين ، لانه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سلكها ، وان سلك الطريق الاخرى جاز .

« مسألة » قال (ثم يصلى مع الامام المغرب وعشاء الآخرة باقامة لكل صلاة فان جمع بينهما باقامة واحدة فلا بأس)

وجملة ذلك : أن السنة لمن دفع من عرفة أن لا يصلى المغرب حتى يصل مزدلفة فيجمع بين المغرب والعشاء ، لا خلاف فى هذا ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم لا اختلاف بينهم أن السنة أن يجمع الحاج بين المغرب والعشاء ، والاصل فى ذلك « أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما » رواه جابر وابن عمر وأسامه وأبو أيوب وغيرهم ، وأحاديثهم صحاح ، ويقيم لكل صلاة إقامة ، لما روى أسامة بن زيد قال « دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال ، ثم توضأ ، فقلت له : الصلاة يا رسول الله ، قال : الصلاة أمامك ، فركب فلما جاء مزدلفة نزل ، فتوضأ فأسبغ الوضوء ، ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ، ثم أناخ كل إنسان بعيره فى منزله ، ثم أقيمت الصلاة فصلى ، ولم يصل بينهما » متفق عليه وروى هذا القول عن ابن عمر ، وبه قال سالم والقاسم بن محمد والشافعى واسحاق وإن جمع بينهما باقامة الاولى فلا بأس ، يروى ذلك عن ابن عمر أيضا .

وبه قال الثورى لما روى ابن عمر قال « جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء بجمع ، صلى المغرب ثلاثاً والعشاء ركعتين بإقامة واحدة » رواه مسلم ، وإن أذن للأولى وأقام ثم أقام للثانية فحسن ، فإنه يروى فى حديث جابر وهو متضمن للزيادة ، وهو معتبر بسائر الفوائت والمجموعات ، وهو قول ابن المنذر وأبى ثور ، والذى اختار الخرقى . إقامة لكل صلاة من غير أذان . قال ابن المنذر : وهو آخر قولى أحمد لأنه رواية أسامة ، وهو أعلم بحال النبى (ص) فإنه كان رديفه ، وقد اتفق هو وجابر فى حديثيهما على إقامة لكل صلاة ، واتفق أسامة وابن عمر على الصلاة بغير أذان ، مع أن حديث ابن عمر المتفق عليه قال « بإقامة » . قال وإنما لم يؤذن للأولى ههنا لأنها فى غير وقتها ، بخلاف المجموعتين بعرفة . وقال مالك . يجمع بينهما بأذان وإقامتين وروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن مسعود ، واتباع السنة أولى

قال ابن عبد البر : لا أعلم فيما قاله مالك حديثا مرفوعا بوجه من الوجوه ، وقال قوم إنما أمر عمر بالتأذين للثانية ، لأن الناس كانوا قد تفرقوا لعَشائهم فأذن لجمعهم ، وكذلك ابن مسعود فإنه يجعل العَشاء بالمزدلفة بين الصلاتين

« مسألة » قال ﴿ وإن فاته مع الإمام صلى وحده ﴾

معناه أنه يجمع منفرداً كما يجمع مع الإمام ، ولا خلاف فى هذا ، لأن الثانية منهما تصلى فى وقتها بخلاف العصر مع الظهر . وكذلك إن فرق بينهما لم يبطل الجمع كذلك ، ولما روى أسامة قال « ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل إنسان بعيره فى منزله ، ثم أقيمت العشاء فصلاها » وروى البخارى عن عبد الرحمن بن يزيد قال « حج عبد الله فأتينا الى مزدلفة حين الأذان بالعتمة » أو قريبا من ذلك فأمر رجلا فأذن وأقام ثم صلى المغرب ثم صلى بعدها ركعتين ثم دعا بعشائه ثم أمر — أرى — فأذن وأقام ثم صلى العشاء ثم قال . رأيت رسول الله (ص) يفعله » ولأن الجمع متى كان فى وقت الثانية لم يضر التفريق شيئا .

(فصل) والسنة التعجيل بالصلاتين ، وأن يصلى قبل حط الرحال ، لما ذكرنا

من حديث أسامة . وفى بعض ألفاظه « أن النبي صلى الله عليه وسلم أقام المغرب ثم أناخ الناس فى منازلهم . ولم يحلوا حتى أقام العشاء الآخرة فصلى ثم حلوا » رواه مسلم ، والسنة أن لا يتطوع بينهما . قال ابن المنذر : ولا أعلمهم يختلفون فى ذلك وقد روى عن ابن مسعود أنه تطوع بينهما ، ورواه عن النبي صلى الله عليه وسلم .

ولنا حديث أسامة وابن عمر « أن النبي (ص) لم يصل بينهما » وحديثهما أصح وقد قدم فى ترك التفريق بينهما .

(فصـــل)

فإن صلى المغرب قبل أن يأتى مزدلفة ولم يجمع خالف السنة وصحت صلاته ، وبه قال عطاء وعروة والقاسم بن محمد وسعيد بن جبير ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وابن المنذر . وقال أبو حنيفة والثورى لا يجزئه لأن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الصلاتين فكان نسكا ، وقد قال « خذوا عنى مناسككم »

ولنا أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما جاز التفريق بينهما كالظهر والعصر بعرفة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم محمول على الأولى والأفضل . ولئلا ينقطع سيره ويبطل ما ذكروه بالجمع بعرفة

« مسألة » قال (فإذا صلى الفجر وقف عند المشعر الحرام فدعا)

يعنى أنه يبيت بمزدلفة حتى يطلع الفجر فيصلى الصبح ، والسنة أن يعجلها فى أول وقتها ليتسع وقت الوقوف عند المشعر الحرام ، وفى حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصبح حين تبين له الصبح » وفى حديث ابن مسعود « أنه صلى الفجر حين طلع الفجر ، قائل يقول : قد طلع الفجر ، وقائل يقول لم يطلع ثم قال فى آخر الحديث : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعله » رواه البخارى نحو هـذا ، ثم اذا صلى الفجر وقف عند المشعر الحرام وهو قزح فيرقى عليه ان أمكنه ، والا وقف عنده فذكر الله تعالى ودعا واجتهد . قال الله تعالى (٢ ، ١٩٨ فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام)

وفى حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى المشعر الحرام فرقى عليه، فدعا الله وهلله وكبره ووحده »

ويستحب أن يكون من دعائه : اللهم كما وفقتنا فيه وأريتنا اياه فوفقنا لذكرك كما هديتنا، واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا بقولك، وقولك الحق (فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم وان كنتم من قبله لمن الضالين، ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس واستغفروا الله ان الله غفور رحيم) ويقف حتى يسفر جدا لما فى حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل واقفا حتى أسفر جداً »

(فصـــل)

والمزدلفة ثلاثة أسماء : مزدلفة وجمع والمشعر الحرام، وحدها من مأزمى عرفة الى قرن محسر، وما على يمين ذلك وشماله من الشعاب، فنى أى موضع وقف منها أجزأه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المزدلفة موقف » رواه أبو داود وابن ماجه، وعن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وقفت ههنا بجمع وجمع كلها موقف » وليس وادى محسر من مزدلفة لقوله « وارفعوا عن بطن محسر »

(فصـــل) والمبيت بمزدلفة واجب، من تركه فعليه دم، هذا قول عطاء والزهرى وقتادة والثورى والشافعى واسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى : وقال علقمة والنخعى والشعبى : من فاته جمع فاته الحج، لقول الله تعالى فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه »

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الحج عرفة، فمن جاء قبل ليلة جمع فقد تم حجه » يعنى من جاء عرفة ؛ وما احتجوا به من الآية والخبر فالمنطوق فيهما ليس بركن فى الحج اجماعا، فإنه لو بات بجمع ولم يذكر الله تعالى ولم يشهد الصلاة فيها صح حجه، فما هو من ضرورة ذلك أولى، ولأن المبيت ليس من ضرورة ذكر الله تعالى بها، وكذلك شهود صلاة الفجر، فإنه لو أفاض من عرفة

فى آخر ليلة النحر أمكنه ذلك ، فيتعين حمل ذلك على مجرد الإيجاب أو الفضيلة أو الاستحباب .

(فصل) ومن بات بمزدلفة لم يجز له الدفع قبل نصف الليل ، فإن دفع بعده فلا شيء عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : إن مر بها ولم ينزل فعليه دم . فإن نزل فلا دم عليه متى مادفع .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم بات بها وقال « خذوا عني مناسككم » وإنما أبيح الدفع بعد نصف الليل بما ورد من الرخصة فيه ، فروى ابن عباس قال « كنت فيمن قدم النبي (ص) فى ضعفة أهله من مزدلفة إلى منى »

وعن أسماء « أنها نزلت ليلة جمع عند دار المزدلفه فقامت تصلي ، فصلت ثم قالت : هل غاب القمر ؟ قلت نعم ، قالت فارتحلوا ، فارتحلنا ومضينا حتى رمت الجمرة ، ثم رجعت فصلت الصبح فى منزلها ، قلت لها : أي هنتاه ، ما أرانا إلا غلسنا ، قالت كلا يا بني ، إن رسول الله (ص) أذن للظعن » متفق عليهما

وعن عائشة قالت « أرسل رسول الله (ص) بأم سلمة ليلة النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ثم مضت فأفاضت » رواه أبو داود ، فمن دفع من جمع قبل نصف الليل ولم يعد فى الليل فعليه دم ، فإن عاد فيه فلا دم عليه كالذي دفع من عرفة نهاراً . ومن لم يوافق مزدلفة إلا فى النصف الأخير من الليل فلا شيء عليه ، لأنه لم يدرك جزءاً من النصف الأول فلم يتعلق به حكمه ، كمن أدرك الليل بعرفات دون النهار . والمستحب الاقتداء برسول الله (ص) فى المبيت الى أن يصبح ثم يقف حتى يسفر ، ولا بأس بتقديم الضعفة والنساء

وممن كان يقدم ضعفة أهله عبد الرحمن بن عوف وعائشة ، وبه قال عطاء والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ؛ ولا نعلم فيه مخالفا ، ولأن فيه رفقاً بهم ودفعاً لمشقة الزحام عنهم واقتداء بفعل نبيهم صلى الله عليه وسلم

« مسألة » قال ﴿ ثم يدفع قبل طلوع الشمس ﴾

لا نعلم خلافا فى أن السنة الدفع قبل طلوع الشمس ، وذلك لأن النبي (ص)

كان يفعله . قال عمر « إن المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون . أشرق ثبير كيما نغير ، وأن رسول الله (ص) خالفهم فأفاض قبل أن تطلع الشمس » رواه البخارى [١] والسنة أن يقف حتى يسفر جداً . وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ، وكان مالك يرى الدفع قبل الاسفار

ولنا ما روى جابر أن النبي (ص) لم يزل واقفا حتى أسفر جدا : فدفع قبل أن تطلع الشمس »

وعن نافع «أن ابن الزبير أخر فى الوقت حتى كادت الشمس تطلع ، فقال ابن عمر انى أراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية ، فدفع ودفع الناس معه »

وكان ابن مسعود يدفع كانصراف القوم المسفرين من صلاة الغداة ، وانصرف ابن عمر حين أسفر وأبصرت الإبل موضع أخفافها : ويستحب أن يسير وعليه السكينة كما ذكرنا فى سيره من عرفات

قال ابن عباس « ثم أردف النبي (ص) الفضل بن عباس وقال : أيها الناس ان البر ليس بإيجاف الخيل والإبل ، فعليكم بالسكينة ، فما رأيتها رافعة يديها حتى أتى منى »

« مسألة » قال ﴿ فإذا بلغ محسراً أسرع ولم يقف حتى يأتى منى ؛ وهو مع ذلك ملبياً ﴾ [٢]

يستحب الإسراع فى وادى محسر ، وهو ما بين جمع ومنى ، فإن كان ماشيا أسرع : وان كان راكبا حرك دابته ، لأن جابراً قال فى صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم « أنه لما أتى بطن محسر حرك قليلا » ويروى أن عمر رضى الله عنه لما أتى محسر أسرع وقال .

---

(١) بل رواه الجماعة كلهم الا مسلما ، ولفظ « كيما نغير » من زيادة أحمد وابن ماجه ، فعزوه الى البخارى بهذا اللفظ غلط فوق التقصير بعزوه اليه وحده .

(٢) كذا فى الأصل والوجه هنا : ملب

« إليك تعدو قلقاً وضينها * مخالفاً دين النصارى دينها * معترضا فى بطنها جنينها »

وذلك قدر رمية بحجر ويكون ملبيا فى طريقه ، فإن الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ ، وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة » متفق عليه ، وفى لفظ عنه قال « شهدت الافاضتين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه السكينة ، وهو كاف بعيره ، ولبى حتى رمى جمرة العقبة » وعن الأسود قال « أفاض عمر عشية عرفة وهو يلبى بثلاث : لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك » ولأن التلبية من شعار الحج فلا يقطع إلا بالشروع فى الإحلال ، وأوله رمى جمرة العقبة .

« مسألة » قال (ويأخذ حصى الجمار من طريقه أو من مزدلفة)

انما استحب ذلك لئلا يشتغل عند قدومه بشىء قبل الرمى ، فإن الرمية تحية له ، كما أن الطواف تحية المسجد فلا يبدأ بشىء قبله ، وكان ابن عمر يأخذ الحصى من جمع ، وفعله سعيد بن جبير ، وقال : كانوا يتزودون الحصى من جمع ، واستحبه الشافعى ، وعن أحمد قال : خذ الحصى من حيث شئت ، وهو قول عطاء وابن المنذر ، وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم غداة العقبة وهو على ناقته « ألقط لى حصى ، فلقطت له سبع حصيات هن حصى الخذف ، فجعل يقبضهن فى كفه ويقول : أمثال هؤلاء فارموا ، ثم قال : أيها الناس ، إياكم والغلو فى الدين ، فإنما أهلك من كان قبلكم الغلو فى الدين » رواه ابن ماجه : وكان ذلك بمنى ، ولا خلاف فى أنه يجزئه أخذه من حيث كان ، والتقاط الحصى أولى من تكسيره لهذا الخبر ، ولأنه لا يؤمن فى التكسير أن يطير إلى وجهه شىء يؤذيه ، ويستحب أن تكون الحصيات كحصى الخذف لهذا الخبر ، ولقول جابر فى حديثه « كل حصاة منها مثل حصى الخذف » وروى سليمان ابن عمرو بن الأحوص عن أمه قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا أيها الناس إذا رأيتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف » رواه أبو داود ، قال الأثرم ، يكون أكبر من الحمص ودون البندق ، وكان ابن عمر يرمى بمثل بعر

الغنم ، فإن رمى بحجر كبير فقد روى عن أحمد أنه قال . لا يجزئه حتى يأتى بالحصى على ما فعل النبى صلى الله عليه وسلم وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بهذا القدر ، ونهى عن تجاوزه والأمر يقتضى الوجوب ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ولأن الرمى بالكبير ربما آذى من يصيبه ، وقال بعض أصحابنا يجزئه مع تركه للسنة لأنه قد رمى بالحجر ؛ وكذلك الحكم فى الصغير .

(فصل) ويجزىء الرامى بكل ما يسمى حصى ، وهى الحجارة الصغار ، سواء كان أسود أو أبيض أو أحمر ، من المرمر أو البرام أو المرو ، وهو الصوان أو الرخام أو الكذان أو حجر المسن ، وهو قول مالك والشافعى ، وقال القاضى ، لا يجزىء الرخام ولا البرام والكذان ، ويقتضى قوله ، أن لا يجزىء المرو ولا حجر المسن ، وقال أبو حنيفة : يجوز بالطين والمدر وما كان من جنس الأرض ، ونحوه قال الثورى ، وروى عن سكينة بنت الحسين « أنها رمت الجمرة ورجل يناولها الحصى تكبر مع كل حصاة وسقطت حصاة فرمت بخاتمها » .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم رمى بالحصى ، وأمر بالرمى مثل حصى الخذف ، فلا يتناول غير الحصى ويتناول جميع أنواعه ، فلا يجوز تخصيصه بغير دليل ولا إلحاق غيره به . لأنه موضع لا يدخل القياس فيه .

(فصل) إن رمى بحجر أخذ من المرمى لم يجزه ، وقال الشافعى . يجزه لأنه حصى فيدخل فى العموم .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ من غير المرمى : وقال « خذوا عنى مناسككم » ، ولأنه لو جاز الرمى بما رمى به لما احتاج أحد الى أخذ الحصى من غير مكانه ولا تكسيره ، والاجماع على خلافه ، ولأن ابن عباس قال « ما يقبل منها يرفع » وإن رمى بخاتم فضة حجراً لم يجزه فى أحد الوجهين ، لانه تبع والرمى بالمتبوع لا التابع .

« مسألة » قال (والاستحباب أن يغسله)

اختلف عن أحمد فى ذلك ، فروى عنه أنه مستحب . لانه روى عن ابن عمر أنه غسله : وكان طاوس يفعله . وكان ابن عمر يتحرى سنة النبى صلى الله عليه وسلم .

وعن أحمد : أنه لا يستحب : وقال : لم يبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فعله ، وهذا الصحيح . وهو قول عطاء ومالك وكثير من أهل العلم ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما لقطت له الحصيات وهو راكب على بعيره يقبضن في يده لم يغسلهن ولا أمر بغسلهن ، ولا فيه معنى يقتضيه ، فإن رمى بحجر نجس أجزأه لأنه حصاة ، ويحتمل أن لا يجزئه لأنه يؤدى به العبادة فاعتبرت طهارته كحجر الاستجمار وتراب التيمم وإن غسله ورمى به أجزأه وجها واحداً .

وعدد الحصى : سبعون حصاة يرمى منها بسبع يوم النحر وسائرها في أيام منى والله أعلم .

« مسألة » قال (فإذا وصل منى رمى جمرة العقبة بسبع حصيات ، يكبر في أثر كل حصاة ولا يقف عندها)

حد منى ما بين جمرة العقبة ووادى محسر ، كذلك قال عطاء والشافعى ، وليس محسر والعقبة من منى ، ويستحب سلوك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى . فإن النبي صلى الله عليه وسلم سلكها كذا في حديث جابر ، فإذا وصل منى بدأ بجمرة العقبة وهي آخر الجمرات مما يلي منى ، وأولها مما يلي مكة وهي عند العقبة ، وكذلك سميت جمرة العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويستبطن الوادى ويستقبل القبلة ثم ينصرف ولا يقف ، وهذا بجملته قول من علمنا قوله من أهل العلم ، وإن رماها من فوقها جاز ، لأن عمر رضى الله عنه جاء والزحام عند الجمرة فرماها من فوقها ، والأول أفضل ، لما روى عبد الرحمن ابن يزيد « أنه مشى مع عبد الله وهو يرمى الجمرة ، فلما كان في بطن الوادى أعرضها فرماها ، فقيل له . إن ناسا يرمونها من فوقها ، فقال من ههنا والذى لا إله إلا هو رأيت الذى أنزلت عليه سورة البقرة رماها » متفق عليه . وفي لفظ « لما أتى عبد الله جمرة العقبة استبطن الوادى واستقبل القبلة وجعل يرمى الجمرة على حاجبه الأيمن ثم رمى بسبع حصيات ثم قال : والله الذى لا إله غيره من ههنا رمى الذى أنزلت عليه سورة البقرة » قال الترمذى : وهذا حديث صحيح ، والعمل عليه عند أكثر أهل العلم ، ولا يسن الوقوف عندها ، لأن ابن عمر وابن عباس رويا « أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا رمى جمرة العقبة انصرف ولم يقف » رواه ابن ماجه ، ويكبر مع كل حصاة لأن جابراً قال « فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة » وإن قال اللهم اجعله حجاً مبروراً ، وذنباً مغفورا ، وعملا مشكورا ، فحسن ، فإن ابن مسعود وابن عمر كانا يقولان نحو ذاك ، وروى حنبل فى المناسك بإسناده عن زيد بن أسلم قال « رأيت سالم بن عبدالله استبطن الوادى ورمى الجمرة بسبع حصيات ، يكبر مع كل حصاة : الله أكبر الله أكبر ، ثم قال : اللهم اجعله حجاً مبرورا ، وذنبا مغفورا ، وعملا مشكورا : فسألته عما صنع ؟ فقال : حدثنى أبى : أن النبى صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة من هذا المكان ويقول كلما رمى حصاة مثل ما قلت » وقال إبراهيم النخعى : كانوا يحبون ذلك .

فصل

ويرميها راكبا أو راجلا كيفما شاء ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم رماها على راحلته ، رواه جابر وابن عمر وأم أبى الاحوص وغيرهم ، قال جابر رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يرمى على راحلته يوم النحر ويقول : لتأخذوا عنى مناسككم ، فإنى لا أدرى لعلى لا أحج بعد حجتى هذه » رواه مسلم ؛ وقال نافع « كان ابن عمر يرمى جمرة العقبة على دابته يوم النحر ، وكان لا يأتى سائرها بعد ذلك إلا ماشيا ذاهبا وراجعا ، وزعم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يأتيها إلا ماشيا ذاهبا وراجعا » رواه أحمد فى المسند ؛ وفى هذا بيان للتفريق بين هذه الجمرة وغيرها ، ولأن رمى هذه الجمرة مما يستحب البداية به فى هذا اليوم عند قدومه ولا يسن عندها وقوف ، ولو سن له المشى إليها لشغله النزول عن البداية بها والتعجيل إليها بخلاف سائرها .

(فصل) ولرمى هذه الجمرة وقتان : وقت فضيلة ووقت إجزاء ، فأما وقت الفضيلة : فبعد طلوع الشمس ، قال ابن عبد البر : أجمع علماء المسلمين على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما رماها ضحى ذلك اليوم وقال جابر « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى الجمرة ضحى يوم النحر وحده . ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس » أخرجه مسلم ، وقال ابن عباس « قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم أغيلمة بنى عبد المطلب على أحمرات لنا من جمع ، فجعل يلطخ أفخاذنا

ويقول : ابني عبد المطلب ، لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس ، رواه ابن ماجه [١]
وكان رميها بعد طلوع الشمس يجزىء بالإجماع وكان أولى . وأما وقت الجواز فأوله نصف الليل من ليلة النحر ، وبذلك قال عطاء وابن أبي ليلى وعكرمة بن خالد والشافعي . وعن أحمد أنه يجزىء بعد الفجر قبل طلوع الشمس . وهو قول مالك وأصحاب الرأي وإسحاق وابن المنذر ، وقال مجاهد والثوري والنخعي : لا يرميها إلا بعد طلوع الشمس ، لما روينا من الحديث

ولنا ما روى أبو داود عن عائشة رضى الله عنها ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أم سلمة ليلة النحر فرمت جمرة العقبة قبل الفجر . ثم مضت فأفاضت ، وروى ، أنه أمرها أن تعجل الافاضة وتوافى مكة بعد صلاة الصبح ، واحتج به أحمد ، وقد ذكرنا في حديث أسماء ، أنها رمت ثم رجعت فصلت الصبح . وذكرت أن النبي (ص) أذن للظعن ، ولأنه وقت للدفع من مزدلفة ، وكان وقتا للرمي كبعد طلوع الشمس ، والأخبار المتقدمة محمولة على الاستحباب ، وإن أخر الرمي إلى آخر النهار جاز .

قال ابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن من رماها يوم النحر قبل المغيب فقد رماها في وقت لها وإن لم يكن ذلك مستحبا لها . وروى ابن عباس قال ، كان النبي صلى الله عليه وسلم يُسأل يوم النحر بمنى ، قال رجل : رميت بعد ما أمسيت ؟ فقال لا حرج ، رواه البخارى ، فإن أخرها الى الليل لم يرمها حتى تزول الشمس من الغد ، وبهذا قال أبو حنيفة واسحاق .

وقال الشافعي ومحمد بن المنذر ويعقوب : يرمى ليلا لقول النبى (ص) ، ارم ولا حرج ،

ولنا أن ابن عمر قال ، من فاته الرمى حتى تغيب الشمس فلا يرم حتى تزول الشمس من الغد ، وقول النبى (ص) ، ارم ولا حرج ، انما كان فى النهار ، لأنه سأله فى يوم النحر ، ولا يكون اليوم الا قبل مغيب الشمس . وقال مالك : يرمى ليلا وعليه دم ، ومرة قال لا دم عليه

(فصل ولا يجزئه الرمى الا أن يقع الحصى فى المرمى، فإن وقع دونه لم يجزئه

(١) ورواه النسائى وابوداود ، وقال اللطخ : الضرب اللين

فى قولهم جميعا ، لأنه مأمور بالرمى ولم يرم ، وان طرحها طرحا أجزأه ، لأنه يسمى رميا . وهذا قول أصحاب الرأى . وقال ابن القاسم : لا يجزئه ، وان رمى حصاة فوقعت فى غير المرمى فأطارت حصاة أخرى فوقعت فى المرمى لم يجزه ، لأن التى رماها لم تقع فى المرمى ، وان رمى حصاة فالتقمها طائر قبل وصولها لم يجزه لأنها لم تقع فى المرمى ، وان وقعت على موضع صلب فى غير المرمى ثم تدحرجت على المرمى أو على ثوب انسان ثم طارت فوقعت فى المرمى أجزأته ، لأن حصوله بفعله ، وان نفضها ذلك الانسان عن ثوبه فوقعت فى المرمى ، فعن أحمد رحمه الله أنها تجزئه لأنه انفرد برميها .

وقال ابن عقيل : لا يجزئه لأن حصولها فى المرمى بفعل الثانى فأشبه ما لو أخذها بيده فرمى بها ، وان رمى حصاة فشك هل وقعت فى المرمى أو لا ؟ لم يجزئه ، لأن الأصل بقاء الرمى فى ذمته فلا يزول بالشك ، وان كان الظاهر أنها وقعت فيه أجزأته ، لأن الظاهر دليل ، وان رمى الحصاة دفعة واحدة لم يجزه الا عن واحدة ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال عطاء يجزئه ويكبر لكل حصاة

ولنا « أن النبى (ص) رمى سبع رميات وقال : خذوا عنى مناسككم » قال بعض أصحابنا : ويستحب أن يرفع يديه فى الرمى حتى يرى بياض ابطه

« مسألة » قال ﴿ ويقطع التلبية عند ابتداء الرمى ﴾

وممن قال يلبى حتى يرمى الجمرة ابن مسعود وابن عباس وميمونة ، وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وروى عن سعد بن أبى وقاص وعائشة : يقطع التلبية اذا راح الى الموقف ، وعن على وأم سلمة : أنهما كانا يلبيان حتى تزول الشمس يوم عرفة ؛ وهذا قريب من قول سعيد وعائشة ؛ وكان الحسن يقول : يلبى حتى يصلى الغداة يوم عرفة ، وقال مالك : يقطع التلبية اذا راح الى المسجد

ولنا أن الفضل بن عباس روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة ، وكان رديفه يومئذ ، وهو أعلم بحاله من غيره » وقول

النبي صلى الله عليه وسلم وفعله مقدم على كل من خالفه . واستحب قطع التلبية عند أول حصاة ، رواه حنبل فى المناسك ، وهذا بيان يتعين الأخذ به ، وفى رواية من روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يكبر مع كل حصاة دليل على أنه لم يكن يلبي ، ولأنه يتحلل بالرمى ، فإذا شرع فيه قطع التلبية ، كالمعتمر يقطع التلبية بالشروع فى الطواف .

« مسألة » قال (ثم ينحر إن كان معه هدى)

وجملة ذلك أنه اذا فرغ من رمى الجمرة يوم النحر لم يقف وانصرف ، فأول شيء يبدأ به نحر الهدى إن كان معه هدى واجبا أو تطوعا ، فإن لم يكن معه هدى وعليه هدى واجب اشتراه ، وان لم يكن عليه واجب فأحب أن يضحى اشترى مايضحى به وينحر الإبل ويذبح ما سواها ، والمستحب أن يتولى ذلك بيده : وان استناب غيره جاز هذا قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى . وذلك لما روى جابر فى صفة حج النبى (ص) « أنه رمى من بطن الوادى ثم انصرف الى المنحر ، فنحر ثلاثا وستين بدنة ، ثم أعطى عليا فنحر ما غبر وأشركه فى هديه » وقال أنس « نحر النبى (ص) بيده سبع بدنات قياما » رواه البخارى

(فصـــل)

والسنة نحر الابل قائمة معقولة يدها اليسرى ، فيضربها بالحربة فى الوهدة التى بين أصل العنق والصدر ، ممن استحب ذلك : مالك والشافعى واسحاق وابن المنذر واستحب عطاء نحرها باركة ، وجوز الثورى وأصحاب الرأى كل ذلك

ولنا ما روى دينار بن جبير قال « رأيت ابن عمر أتى على رجل أناخ بدنته لينحرها ، فقال ابعثها قياما مقيدة ، سنة محمد (ص) » متفق عليه . وروى أبو داود بإسناده عن عبد الرحمن بن سابط « أن النبى (ص) وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى ، قائمة على ما بقى من قوائمها » وفى قول الله تعالى (٢٢ ، ٣٦ فإذا وجبت جنوبها) دليل على أنها تنحر قائمة ، ويروى فى تفسير قوله تعالى (فاذكروا اسم الله عليها صوافّ) أى قياماً وتجزئه كيفما نحر

قال أحمد : ينحر البدن معقولة على ثلاث قوائم ، وان خشى عليها أن تنفر أناخها .

(فصل) ويستحب توجيه الذبيحة الى القبلة ويقول : بسم الله والله أكبر ، وان قال ما روى عن النبى (ص فحسن . قال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا ذبح يقول « بسم الله والله أكبر » وكذلك يقول ابن عمر . وروى أن النبى (ص) ذبح يوم العيد كبشين ، ثم قال حين وجههما : وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفا وما أنا من المشركين ، ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين ، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين ، بسم الله والله أكبر ، اللهم هذا منك ولك ، عن محمد وأمته » رواه أبو داود ، وان اقتصر على التسمية ووجه الذبيحة الى غير القبلة ترك الأفضل وأجزأه ، هذا قول القاسم بن محمد والنخعى والثورى والشافعى وابن المنذر، وكان ابن عمر وابن سيرين يكرهان الأكل من الذبيحة توجه لغير القبلة ، والصحيح أن ذلك غير واجب ، ولم يقم على وجوبه دليل

﴿ فصل ﴾

وقت نحر الأضحية والهدى ثلاثة أيام : يوم النحر ويومان بعده ، نص عليه أحمد وقال : هو عن غير واحد من أصحاب رسول الله (ص . ورواه الأثرم عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال مالك والثورى ، ويروى عن على رضى الله عنه أنه قال « أيام النحر يوم الضحى وثلاثة أيام بعده » وبه قال الحسن وعطاء والاوزاعى والشافعى وابن المنذر . وقال ابن سيرين : يوم واحد ، وعن سعيد بن جبير وجابر بن زيد فى الامصار يوم واحد وبمنى ثلاثة

ولنا أن النبى (ص) نهى عن الاكل من النسك فوق ثلاث ، وغير جائز أن يكون الذبح مشروعا فى وقت يحرم فيه الاكل ثم نسخ تحريم الاكل وبقى وقت الذبح بحاله ، ولأن اليوم الرابع لا يجب فيه الرمى ، فلم يجز فيه الذبح كالذى بعده ، فأما الليالى المتخللة لأيام النحر ، فظاهر كلام الخرقى أنه لا يجزىء فيها ذبح الهدى والاضحية ، لأن الله تعالى قال (٢٨ ، ٢٢ ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام) فذكر الأيام دون الليالى وقال

غيره من أصحابنا : يجوز ليلتى يومى التشريق الأولتين . وهو قول أكثر الفقهاء . لأن هاتين الليلتين داخلتان فى مدة الذبح ، فجاز الذبح فيهما كالأيام

(فصل) وإذا نحر الهدى فرقه على المساكين من أهل الحرم ، وهو من كان فى الحرم ، فإن أطلقها لهم جاز ، كما روى أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم نحر خمس بدنات . ثم قال : من شاء فليقتطع » رواه أبو داود ، وإن قسمها فهو أحسن وأفضل ، ولا يعطى الجازر بأجرته شيئا منها ، لما روى عن على رضى الله عنه قال « أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأن أقسم بدنه كلها ، جلودها وجلالها ، وأن لا أعطى الجازر منها شيئا . وقال نحن نعطيه من عندنا » متفق على معناه ، ولأنه بقسمها يكون على يقين من إفضائها إلى مستحقها ، ويكفى المساكين مؤنة النهب والزحام عليها ، وإنما لم يعط الجازر بأجرته منها ، لأنه ذبحها فعوضه عليه دون المساكين ، ولان دفع جزء منها عوضا عن الجزارة كبيعه ، ولا يجوز بيع شىء منها . وان كان الجازر فقيراً فأعطاه لفقره سوى ما يعطيه أجره جاز . لأنه مستحق الاخذ منها لفقره لا لأجره ، فجاز كغيره

ويقسم جلودها وجلالها كما جاء فى الخبر ، لانه ساقها لله على تلك الصفة ، فلا يأخذ شيئا مما جعله لله . وقال بعض أصحابنا : لا يلزمه إعطاء جلالها لأنه إنما أهدى الحيوان دون ما عليه

(فصل) والسنة النحر بمنى لان النبى (ص) نحر بها ، وحيث نحر من الحرم أجزأه لقول رسول الله (ص) « كل منى منحر وكل فجاج مكة منحر وطريق » رواه أبو داود

(فصل) وليس من شرط الهدى أن يجمع فيه بين الحل والحرم ولا أن يقفه بعرفة لكن يستحب ذلك . روى هذا عن ابن عباس ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وكان ابن عمر لا يرى الهدى إلا ما عرف به . ونحوه عن سعيد ابن جبير ، وقال مالك : أحب للقارن أن يسوق هديه من حيث يحرم ، فإن ابتاعه من دون ذلك مما يلى مكة بعد أن يقفه بعرفة جاز ، وقال فى هدى المجامع : إن لم يكن ساقه فليشتره من مكة ثم ليخرجه الى الحل وليسقه الى مكة

ولنا أن المراد من الهدى نحره ونفع المساكين بلحمه ، بهذا لا يقف على شىء مما ذكروه ، ولم يرد بما قالوه دليل يوجبه فبقى على أصله

« مسألة » قال (ويحلق أو يقصر)

وجملة ذلك أنه إذا نحر هديه فإنه يحلق رأسه أو يقصر منه : لان النبي (ص) حلق رأسه ، فروى أنس « أن رسول الله (ص) رمى جمرة العقبة يوم النحر ، ثم رجع الى منزله بمنى فدعا فذبح ، ثم دعا بالحلاق فأخذ بشق رأسه الايمن فحلقه ، فجعل يقسم بين من يليه الشعرة والشعرتين ، ثم أخذ بشق رأسه الايسر فحلقه ثم قال « ههنا أبو طلحة ؟ فدفعه الى أبي طلحة » رواه أبو داود

والسنة أن يبدأ بشق رأسه الايمن ثم الايسر لهذا الخبر ، ولان النبى (ص) كان يعجبه التيامن فى شأنه كله ؛ فإن لم يفعل أجزأه ، لانعلم فيه خلافا ، وهو مخير بين الحلق والتقصير أيهما فعل أجزأه فى قول أكثر أهل العلم

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن التقصير يجزىء ، يعنى فى حق من لم يوجد منه معنى يقتضى وجوب الحلق عليه ، إلا أنه يروى عن الحسن أنه كان يوجب الحلق فى أول حجة حجها ، ولا يصح هذا ، لان الله تعالى قال (محلقين رءوسكم ومقصرين) ولم يفرق النبي (ص) قال « رحم الله المحلقين والمقصرين » وقد كان مع النبي (ص) من قصر فلم يعب عليه ، ولو لم يكن مجزيا لانكر عليه ، والحلق أفضل لأن النبي عليه السلام قال « رحم الله المحلقين ، قالوا يا رسول الله والمقصرين ؟ قال رحم الله المحلقين ، قالوا والمقصرين يا رسول الله ؟ قال رحم الله المحلقين والمقصرين » رواه مسلم ، ولان النبي عليه السلام حلق

واختلف أهل العلم فيمن لبد أو عقص أو ضفر ، فقال أحمد : من فعل ذلك فليحلق ، وهو قول النخعي ومالك والشافعي واسحاق ، وكان ابن عباس يقول : من لبد أو ضفر أو عقد أو فتل أو عقص فهو على ما نوى ، يعنى ان نوى الحلق فليحلق ؛ وإلا فلا يلزمه

وقال أصحاب الرأى : هو مخير على كل حال لان ماذكرناه يقتضى التخيير على العموم ، ولم يثبت فى خلاف ذلك دليل ، واحتج من نصر القول الاول بأنه روى عن النبي (ص) أنه قال « من لبد فليحلق »

وثبت عن عمر وابنه « أنهما أمرا من لبد رأسه أن يحلقه » وثبت « أن النبي صلى الله عليه وسلم لبد رأسه ، وأنه حلقه » والصحيح : أنه مخير إلا أن يثبت الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وقول عمر وابنه قد خالفهما فيه ابن عباس ، وفعل النبي صلى الله عليه وسلم له لا يدل على وجوبه بعد ما بين لهم جواز الأمرين .

{ فصـــل }

والحلق والتقصير نسك فى الحج والعمرة فى ظاهر مذهب أحمد ، وقول الخرقى ، وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى وعن أحمد . أنه ليس بنسك وإنما هو إطلاق من محظور كان محرما عليه بالإحرام ، فأطلق فيه عند الحل كاللباس والطيب وسائر محظورات الإحرام فعلى هذه الرواية : لا شيء على تاركه ، ويحصل الحل بدونه ، ووجهها : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالحل من العمرة قبله ، فروى أبو موسى قال « قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لى : بم أهللت ؟ قلت : لبيك بإهلال كإهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أحسنت فأمرنى فطفت بالبيت وبين الصفا والمروة ، ثم قال لى . أحل » متفق عليه .

وعن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما سعى بين الصفا والمروة قال . من كان معه هدى فليحل وليجعلها عمرة » رواه مسلم ، وعن سراقة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا قدمتم فمن تطوف بالبيت وبين الصفا والمروة فقد حل إلا من كان معه هدى » رواه أبو إسحاق الجوزجانى فى المترجم ، ولأن ما كان محرما فى الإحرام إذا أبيح كان إطلاقا من محظور كسائر محرماته ، والرواية الأولى . أصح ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به ، فروى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من لم يكن معه هدى فليطف بالبيت وبين الصفا والمروة وليقصر وليحلل » .

وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أحلوا إحرامكم بطواف بالبيت والمروة وقصروا » وأمره يقتضى الوجوب . ولأن الله تعالى وصفهم به بقوله سبحانه (٤٨ ، ٢٨ محلقين رءوسكم ومقصرين) ولو لم يكن من المناسك لما وصفهم به كاللبس وقتل الصيد ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم ترحم على المحلقين ثلاثا وعلى المقصرين مرة ، ولو لم يكن من المناسك لما دخله التفضيل كالمباحات ، ولأن

النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فعلوه فى جميع حجهم ، وعمرهم ولم يخلو به ، ولو لم يكن نسكا لما داموا عليه ، بل لم يفعلوه لأنه لم يكن من عادتهم فيفعلوه عادة ولا فيه فضل فيفعلوه لفضله ، وأما أمره بالحل فإنما معناه ـ والله أعلم ـ الحل بفعله لأن ذلك كان مشهوراً عندهم فاستغنى عن ذكره ، ولا يمتنع الحل من العبادة بما كان محرما فيها كالسلام من الصلاة .

(فصل) ويجوز تأخير الحلق والتقصير إلى آخر أيام النحر لأنه إذا جاز تأخير النحر المقدم عليه فتأخيره أولى فإن أخره عن ذلك ففيه روايتان .

إحداهما . لا دم عليه ، وبه قال عطاء وأبو يوسف وأبو ثور ، ويشبه مذهب الشافعى ؛ لأن الله تعالى بين أول وقته بقوله (٢ ، ١٩٥ ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) ولم يتبين آخره ، فمتى أتى به أجزأه كطواف الزيارة والسعى ، ولأنه نسك أجزأه[1] الى وقت جواز فعله ، فأشبه السعى ، وعن أحمد ، عليه دم بتأخيره . وهو مذهب أبى حنيفة لأنه نسك أخره عن محله ، ومن ترك نسكا فعليه دم ولا فرق فى التأخير بين القليل والكثير والعامد والساهى ، وقال مالك والثورى وإسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن . من تركه حتى حل فعليه دم لأنه نسك فيأتى به فى إحرام الحج كسائر مناسكه ـ ولنا ما تقدم

(فصل) والأصلع الذى لا شعر على رأسه يستحب أن يمر الموسى على رأسه روى ذلك عن ابن عمر ، وبه قال مسروق وسعيد بن جبير والنخعى ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الأصلع يمر الموسى على رأسه ، وليس ذلك واجباً ، وقال أبو حنيفة . يجب لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فهذا لو كان ذا شعر وجب عليه إزالته ، وإمرار الموسى على رأسه فإذا سقط احدهما لتعذره وجب الآخر .

ولنا أن الحلق محله الشعر فسقط بعدمه كما يسقط وجوب غسل العضو فى الوضوء بفقده ، ولأنه إمرار لو فعله فى الاحرام لم يجب به دم فلم يجب عند التحلل كإمراره على الشعر من غير حلق .

---

(١) كذا فى الأصل ولعله « أخره »

(فصل) ويستحب لمن حلق أو قصر تقليم أظافره والأخذ من شاربه لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله ، قال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما حلق رأسه قلم أظفاره ، وكان ابن عمر يأخذ من شاربه وأظفاره ، وكان عطاء وطاوس والشافعي يحبون لو أخذ من لحيته شيئاً ، ويستحب إذا حلق أن يبلغ العظم الذي عند منقطع الصدغ من الوجه كان ابن عمر يقول للحالق « أبلغ العظمين ، إفصل الرأس من اللحية ، وكان عطاء يقول : من السنة إذا حلق رأسه أن يبلغ العظمين .

« مسألة » قال (ثم قد حل له كل شيء إلا النساء)

وجملة ذلك أن المحرم إذا رمى جمرة العقبة ثم حلق حل له كل ما كان محظوراً بالإحرام إلا النساء ، هذا الصحيح من مذهب أحمد رحمه الله ، نص عليه في رواية جماعة ، فيبقى ما كان محرما عليه من النساء من الوطء والقبلة واللمس لشهوة وعقد النكاح ، ويحل له ما سواه ، هذا قول ابن الزبير وعائشة وعلقمة وسالم وطاوس والنخعي وعبد الله بن الحسين وخارجة بن زيد والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وروى أيضاً عن ابن عباس ، وعن أحمد : انه يحل له كل شيء إلا الوطء في الفرج لأنه أغلظ المحرمات ويفسد النسك بخلاف غيره ، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه « يحل له كل شيء إلا النساء والطيب » وروى ذلك عن ابن عمر وعروة ابن الزبير وعباد بن عبد الله بن الزبير لأنه من دواعي الوطء ، فأشبه القبلة ، وعن عروة « أنه لا يلبس القميص ولا العمامة ولا يتطيب » وروى في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثاً .

ولنا ما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء إلا النساء » رواه سعيد ، وفي لفظ « إذا رمى أحدكم جمرة العقبة وحلق رأسه فقد حل له كل شيء إلا النساء » رواه الأثرم وأبو داود ، إلا أن أبا داود قال : هو ضعيف ، رواه الحجاج عن الزهري ولم يلقه ، والذي أخرجه سعيد رواه الحجاج عن أبي بكر بن محمد عن عمرة عن عائشة قالت « طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لحرمه حين أحرم ولحله قبل أن يطوف

بالبيت » متفق عليه ، وعن سالم عن أبيه قال قال عمر بن الخطاب « إذا رميتم الجمرة وذبحتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء إلا الطيب والنساء ، فقالت عائشة رضى الله عنها: اما طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق ان تتبع » رواه سعيد .

وعن أم سلمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم النحر « إن هذا يوم رخص لكم إذا رميتم ان تحلوا » يعنى من كل ما حرمتم منه إلا النساء » رواه أبو داود .

وعن عبد الله بن عباس انه قال « إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء ، فقال له رجل : والطيب ؟ قال : اما انا فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يضمخ رأسه بالمسك ، أفطيب ذلك ام لا ؟ » رواه ابن ماجه ، وقال مالك : لا يحل له النساء ولا الطيب ولا قتل الصيد ، لقول الله تعالى: ٥ ، ٩٦ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وهذا حرام ، وقد ذكرنا ما يرد هذا القول ويمنع انه محرم ، وإنما بقى بعض احكام الإحرام .

(فصل) ظاهر كلام الخرقى ههنا : ان الحل إنما يحصل بالرمى والحلق معاً ، وهو إحدى الروايتين عن احمد ، وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء إلا النساء » وترتيب الحل عليهما دليل على حصوله بهما ، ولأنهما نسكان يتعقبهما الحل ، فكان حاصلا بهما كالطواف والسعى فى العمرة ، وعن احمد : إذا رمى الجمرة فقد حل ؛ وإذا وطيء بعد جمرة العقبة فعليه دم ؛ ولم يذكر الحلق ، وهذا يدل على أن الحل بدون الحلق ، وهذا قول عطاء ومالك وأبي ثور ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى . لقوله فى حديث ام سلمة « إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء » وكذلك قال ابن عباس ، قال بعض اصحابنا . هذا ينبنى على الخلاف فى الحلق ، هل هو نسك أو لا ؟ فإن قلنا نسك حصل الحل به وإلا فلا .

« مسألة » قال (والمرأة تقصر من شعرها مقدار الأنملة)

الأنملة . رأس الأصبع من المفصل الأعلى ، والمشروع للمرأة . التقصير دون

الحلق ، لا خلاف فى ذلك ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا أهل العلم وذلك لأن الحلق فى حقهن مثلة ، وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس على النساء حلق : إنما على النساء التقصير » رواه أبو داود ، وعن على قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تحلق المرأة رأسها » رواه الترمذى ، وكان أحمد يقول . تقصر من كل قرن قدر الأنملة : وهو قول ابن عمر والشافعى وإسحاق وأبو ثور ، وقال أبو داود . سمعت أحمد سئل عن المرأة تقصر من كل رأسها ؟ قال نعم تجمع شعرها إلى مقدم رأسها ثم تأخذ من أطراف شعرها قدر أنملة ، والرجل الذى يقصر فى ذلك كالمرأة ، وقد ذكرنا فى ذلك خلافا فيما مضى .

« مسأله » قال ثم يزور البيت فيطوف به سبعاً : وهو الطواف الواجب الذى به تمام الحج ؛ ثم يصلى ركعتين ، إن كان مفرداً أو قارنا

وجملة ذلك أنه إذا رمى ونحر وحلق وأفاض إلى مكة طاف طواف الزيارة لأنه يأتى من منى فيزور البيت ولا يقيم بمكة . بل يرجع الى منى ويسمى طواف الافاضة لأنه يأتى به عند إفاضته من منى إلى مكة وهو ركن للحج لا يتم إلا به . لا نعلم فيه خلافا ، ولأن الله عز وجل قال (٢٢ . ٢٨ وليطوفوا بالبيت العتيق) قال ابن عبد البر . هو من فرائض الحج . لا خلاف فى ذلك بين العلماء . وفيه عند جميعهم قال الله تعالى (وليطوفوا بالبيت العتيق) وعن عائشة قالت « حججنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فأفضنا يوم النحر فحاضت صفية ، فأراد النبى صلى الله عليه وسلم منها ما يريد الرجل من أهله ، فقلت ، يا رسول الله إنها حائض ، قال . أحابستنا هى ؟ قالوا . يا رسول الله إنها قد أفاضت يوم النحر ، قال . اخرجوا » متفق عليه ، فدل على أن هذا الطواف لا بد منه ، وأنه حابس لمن لم يأت به ، ولأن الحج أحد النسكين ، فكان الطواف ركنا كالعمرة .

(فصل) ولهذا الطواف وقتان وقت فضيلة ، ووقت اجزاء ، فأما وقت الفضيلة فيوم النحر بعد الرمى والنحر والحلق . لقول جابر فى صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم يوم النحر « فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر » وفى حديث عائشة الذى ذكرت فيه حيض صفية قالت « فأفضنا يوم النحر » وقال ابن عمر « أفاض النبى صلى الله عليه وسلم يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر » متفق عليهما . فإن أخره

إلى الليل فلا بأس . فإن ابن عباس وعائشة رويا « أن النبي صلى الله عليه وسلم أخر طواف الزيارة الى الليل » رواهما أبو داود والترمذى ، وقال فى كل واحد منهما : حديث حسن .

وأما وقت الجواز : فأوله من نصف الليل من ليلة النحر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : أوله طلوع الفجر من يوم النحر ، وآخره آخر أيام النحر ، وهذا مبنى على أول وقت الرمى ، وقد مضى الكلام فيه ، وأما آخر وقته فاحتج بأنه نسك يفعل فى الحج ، فكان آخره محدوداً كالوقوف والرمى ، والصحيح أن آخر وقته غير محدود فإنه متى أتى به صح بغير خلاف ، وانما الخلاف فى وجوب الدم ، فيقول انه طاف فيما بعد أيام النحر طوافا صحيحاً ، فلم يلزمه دم كما لو طاف أيام النحر ؛ فأما الوقوف والرمى فإنهما لما كانا موقتين كان لهما وقت يفوتان بفواته وليس كذلك الطواف فإنه متى أتى به صح .

(فصـــل) وصفة هذا الطواف كصفة طواف القدوم ، سوى أنه ينوى به طواف الزيارة ، ويعينه بالنية ، ولا رمل فيه ، ولا اضطباع ، قال ابن عباس « ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يرمل فى السبع الذى أفاض فيه » والنية شرط فى هذا الطواف ، وهذا قول اسحاق وابن القاسم صاحب مالك وابن المنذر ، وقال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى يجزئه وان لم ينو الفرض الذى عليه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » ولان النبى صلى الله عليه وسلم سماه صلاة ، والصلاة لا تصح الا بالنيات اتفاقا .

« مسألة » قال (ثم قد حل من كل شيء)

يعنى اذا طاف للزيارة بعد الرمى والنحر والحلق حل له كل شيء حرمه الإحرام ؛ وقد ذكرنا أنه لم يكن بقى عليه من المحظورات سوى النساء ، فهذا الطواف حلل له النساء ، قال ابن عمر « لم يحل النبى صلى الله عليه وسلم من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر ، فأفاض بالبيت ثم حل من كل شيء حرمه » وعن عائشة مثله ، متفق عليهما ، ولا نعلم خلافا فى حصول الحل بطواف الزيارة

على الترتيب الذى ذكر الخرقى : وأنه كان قد سعى مع طواف القدوم ، وإن لم يكن سعى لم يحل حتى يسعى ، إن قلنا إن السعى ركن ، وإن قلنا هو سنة فهل يحل قبله ؟ على وجهين : أحدهما يحل لأنه لم يبق عليه شىء من واجباته : والثانى لايحل لأنه من أفعال الحج فيأتى به فى إحرام الحج كالسعى فى العمرة ، فإنما خص الخرقى المفرد والقارن بهذا لكونهما سعيا مع طواف القدوم والمتمتع لم يسع

« مسألة » قال ﴿ وإن كان متمتعاً فيطوف بالبيت سبعاً وبالصفا والمروة سبعا ، كما فعل بالعمرة ، ثم يعود فيطوف طوافا ينوى به الزيارة ، وهو قوله عز وجل (وليطوّفوا بالبيت العتيق)

فأما الطواف الأول الذى ذكره الخرقى ها هنا فهو طواف القدوم ، لأن المتمتع لم يأت به قبل ذلك ، والطواف الذى طافه فى العمرة كان طوافها ، ونص أحمد على أنه مسنون للمتمتع فى رواية الأثرم ، قال قلت لأبى عبد الله رحمه الله . فإذا رجع — أعنى المتمتع — كم يطوف ويسعى ؟ قال يطوف ويسعى لحجه : ويطوف طوافا آخر للزيارة ، عاودناه فى هذا غير مرة فثبت عليه ، وكذلك الحكم فى القارن والمفرد إذا لم يكونا أتيا مكة قبل يوم النحر ولا طافا للقدوم فإنهما يبدآن بطواف القدوم قبل طواف الزيارة ، نص عليه أحمد أيضا واحتج بما روت عائشة قالت « فطاف الذين أهلوا بالعمرة وبين الصفاوالمروة ، ثم حلوا فطافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم ، وأما الذين جمعوا الحج والعمرة فإنما طافوا طوافا واحداً »

فحمل أحمد قول عائشة على أن طوافهم لحجهم هو طواف القدوم ، ولأنه قد ثبت أن طواف القدوم مشروع ، فلم يكن تعين طواف الزيارة مسقطا له ، كتحية المسجد عند دخوله قبل التلبس بصلاة الفرض ؛ ولم أعلم أحداً وافق أبا عبد الله على هذا الطواف الذى ذكره الخرقى ، بل المشروع طواف واحد للزيارة كمن دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة ، فإنه يكتفى بها عن تحية المسجد . ولأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه الذين تمتعوا معه فى حجة الوداع ، ولا أمر به النبى صلى الله عليه وسلم أحداً . وحديث عائشة دليل على هذا

فإنها قالت « طافوا طوافا آخر بعد أن رجعوا من منى لحجهم » وهذا هو طواف الزيارة ، ولم تذكر طوافا آخر ، ولو كان هذا الذى ذكرته طواف القدوم لكانت قد أخلت بذكر طواف الزيارة الذى هو ركن الحج لا يتم الحج إلا به ، وذكرت ما يستغنى عنه ، وعلى كل حال فما ذكرت إلا طوافا واحدا ، فمن أين يستدل به على طوافين ؟ وأيضا فإنها لما حاضت قرنت الحج الى العمرة بأمر النبي صلى الله عليه وسلم ولم تكن طافت القدوم ولا أمرها به النبي (ص)

وقد ذكر الخرقى فى موضع آخر فى المرأة إذا حاضت فخشيت فوات الحج . أهلت بالحج وكانت قارنة ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم ، ولأن طواف القدوم لو لم يسقط بالطواف الواجب لشرع فى حق المعتمر طواف للقدوم مع طواف العمرة ، لأنه أول قدومه الى البيت . فهو به أولى من المتمتع الذى يعود الى البيت بعد رؤيته وطوافه به

وفى الجملة ان هذا الطواف المختلف فيه ليس بواجب ، وانما الواجب ، طواف واحد وهو طواف الزيارة ، وهو فى حق المتمتع كهو فى حق القارن والمفرد فى أنه ركن الحج لا يتم إلا به ولا بد من تعيينه ، فلو نوى به طواف الوداع أو غيره لم يجزه

فصل

والاطوفة المشروعة فى الحج ثلاثة : طواف الزيارة ، وهو ركن الحج لا يتم الا به بغير خلاف ، وطواف القدوم وهو سنة لا شيء على تاركه ، وطواف الوداع واجب ينوب عنه الدم اذا تركه . وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى وقال مالك : على تارك طواف القدوم دم ولا شيء على تارك طواف الوداع ، وحكى عن الشافعى كقولنا فى طواف الوداع وكقوله فى طواف القدوم ، وما زاد على هذه الاطوفة فهو نفل ، ولا يشرع فى حقه أكثر من سعى واحد بغير خلاف علمناه . قال جابر « لم يطف النبي (ص) ولا أصحابه بين الصفا والمروة الا طوافا واحدا : طوافه الاول » رواه مسلم ، ولا يكون السعى الا بعد طواف . فإن سعى مع طواف القدوم لم يسع بعده ، وان لم يسع معه سعى مع طواف الزيارة

فصـــل

ويستحب أن يدخل البيت فيكبر فى نواحيه ويصلى ركعتين ويدعو الله عز وجل ، قال ابن عمر « دخل النبى ص البيت وبلال وأسامة بن زيد : فقلت لبلال : هل صلى فيه رسـول الله (ص ؟ قال : نعم ، قلت أين هو ؟ قال : بين العمودين تلقاء وجهه ، ونسيت أن أسأله كم صلى ؟ » قال ابن عباس « أخبرنى أسامة أن النبى (ص) لما دخل البيت دعا فى نواحيه كلها ولم يصل فيه حتى خرج » متفق عليهما ، فقدم أهل العلم رواية بلال على رواية أسامة لانه مثبت وأسامة نافـــ ، ولان أسامة كان حديث السن فيجوز أن يكون اشتغل بالنظر إلى ما فى الكعبة عن صلاة النبى (ص) ، وإن لم يدخل البيت فلا بأس فإن إسماعيل بن أبى خالد قال قلت لعبد الله بن أبى أوفى « أدخل النبى صلى الله عليه وسلم البيت فى عمرته ؟ قال لا » متفق عليه ، وعن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم خرج من عندها وهو مسرور ، ثم رجع وهو كئيب ، فقال : إنى دخلت الكعبة ولو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما دخلتها ، إنى أخاف ان اكون قد شققت على أمتى رواه ابو داود .

(فصل) ويستحب ان يأتى زمزم فيشرب من مائه لما احب ويتضلع منه ، قال جابر فى صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم « ثم أتى بنى عبدالمطلب وهم يسقون فناولوه دلواً فشرب منه » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ماء زمزم لما شرب » وعن محمد بن عبد الرحمن بن أبى بكر قال « كنت عند ابن عباس جالساً فجاءه رجل فقال : من اين جئت ؟ قال : من زمزم ، قال فشربت منها كما ينبغى ، قال فكيف ، قال إذا شربت منها فاستقبل الكعبة واذكر اسم الله وتنفس ثلاثا من زمزم وتضلع منها فإذا فرغت فاحمد الله تعالى فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال آية ما بيننا وبين المنافقين أنهم لا يتضلعون من زمزم » رواهما ابن ماجه ؛ ويقول عند الشرب : بسم الله اللهم اجعله لنا علما نافعا ورزقا واسعا وريا وشبعا وشفاء من كل داء ، واغسل به قلبى واملأه من حكمتك .

(فصل) ويسن أن يخطب الامام بمنى يوم النحر خطبة يعلم الناس فيها مناسكهم من النحر والافاضة والرمى ، نص عليه احمد : وهو مذهب الشافعى

وابن المنذر ، وذكر أصحابنا . أنه لا يخطب يومئذ ، وهو مذهب مالك، لأنها تسن فى اليوم الذى قبله فلم تسن فيه .

ولنا ما روى ابن عباس . أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس يوم النحر ، يعنى بمنى ، أخرجه البخارى : وعن رافع بن عمرو والمزنى قال ، رأيت رسول الله (ص) يخطب الناس بمنى حين ارتفع الضحى على بغلة شهباءوعلىّ يعبر عنه والناس بين قائم وقاعد ، وقال أبو أمامة ، سمعت خطبة النبى صلى الله عليه بمنى يوم النحر ، وقال الهرماس بن زيادالباهلى ، رأيت النبى ص) يخطبالناس على ناقته العضباء يوم الاضحى بمنى وقال عبد الرحمن بن معاذ ، خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن بمنى ففتحت أسماعنا حتى كنا نسمع ونحن فى منازلنا ، فطفق يعلمهم مناسكهم حتى بلغ الجمار ، وروى هذه الاحاديث كلها أبو داود الا حديث ابن عباس ، ولانه يوم تكثر فيه أفعال الحج ؛ ويحتاج الى تعليم الناس أحكام ذلك ، فاحتيج الى الخطبه من أجله كيوم عرفة .

(فصل) يوم الحج الاكبر يوم النحر فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته يوم النحر ، هذا يوم الحج الاكبر ، رواه البخارى ، وسمى بذلك لكثرة أفعال الحج فيه من الوقوف بالمشعر والدفع منه الى منى والرمى والنحر والحلق وطواف الافاضة والرجوع الى منى ليبيت بها ؛ وليس فى غيره مثله وهو مع ذلك يوم عيد ويوم يحل فيه من احرام الحج .

(فصل) وفى يوم النحر أربعةأشياء : الرمى ثم النحر ثم الحلق ثم الطواف والسنة ترتيبها هكذا ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم رتبها ، كذلك وصفه جابر فى حج النبى صلى الله عليه وسلم ، وروى أنس ، أن النبى صلىالله عليه وسلم رمى ثم نحر ثم حلق ، رواه أبو داود ، فإن أخل بترتيبها ناسيا أو جاهلا بالسنة فيها فلا شىء عليه فى قول كثير من أهل العلم . منهم الحسن وطاوس ومجاهد وسعيد ابن جبير وعطاء والشافعى واسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن جرير الطبرى ، وقال أبو حنيفة ان قدم الحلق على الرمى أو على النحر فعليه دم فإن كان قارنا فعليه دمان ؛ وقال زفر . عليه ثلاثة دماء ، لانه لم يوجد التحلل الاول فلزمهالدم كما لو حلق قبل يوم النحر .

ولنا ما روى عبد الله بن عمر قال « قال رجل يا رسول الله ، حلقت قبل أن أذبح . قال : اذبح ولا حرج » فقال آخر : ذبحت قبل أن أرمى ؟ قال « ارم ولا حرج » متفق عليه ، وفى لفظ قال « فجاء رجل فقال : يا رسول الله ، لم أشعر فحلقت قبل ان اذبح — وذكر الحديث — قال : فما سمعته يسأل يومئذ عن أمر مما ينسيء المرء أو يجهل من تقديم بعض الأمور على بعضها وأشباهها إلا قال : افعلوا ولا حرج عليكم » رواه مسلم .

وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه قيل له يوم النحر وهو بمنى فى النحر والحلق والرمى والتقديم والتأخير فقال : لا حرج » متفق عليه ، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن عيسى ابن طلحة عن عبد الله بن عمر : وفيه « فحلقت قبل أن أرمى » وتابعه على ذلك محمد بن أبى حفصة عن الزهرى عن عيسى عن عبد الله بن عمر قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم - وأتاه رجل - فقال : يا رسول الله . إنى حلقت قبل ان ارمى ؟ قال . ارم ولا حرج ، قال وأتاه آخر . فقال : إنى أفضت قبل ان ارمى ؟ قال ارم ولا حرج » وعن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل يوم النحر عن رجل حلق قبل ان يرمى ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا حرج لا حرج » رواه الدارقطنى كله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق ان تتبع ، على انه لا يلزم من سقوط الدم بفقد الشيء فى وقته سقوطه قبل وقته فإنه لو حلق فى العمرة بعد السعى لا شيء عليه ، وإن كان الحل ما حصل قبله ، وكذلك فى مسألتنا إذا قلنا . إن الحل يحصل بالحلق فقد حلق قبل التحلل ولا دم عليه . فأما إن فعله عمداً عالماً بمخالفة السنة فى ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : لا دم عليه ، وهو قول عطاء وإسحاق ، لإطلاق حديث ابن عباس وكذلك حديث عبد الله بن عمرو من رواية سفيان بن عيينة .

والثانية : عليه دم ، روى نحو ذلك عن سعيد بن جبير وجابر بن زيد وقتادة والنخعى ، لأن الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) ولأن النبى (ص) رتب وقال « خذوا عنى مناسككم » والحديث المطلق قد جاء مقيداً ،

فيحمل المطلق على المقيد : قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل حلق قبل أن يذبح . فقال : إن كان جاهلا فليس عليه ، فأما التعمد فلا . لأن النبي (ص) سأله رجل فقال : لم أشعر ، قيل لأبي عبد الله سفيان بن عيينة لا يقول: لم أشعر ، فقال . نعم . ولكن مالكا والناس عن الزهري ، لم أشعر . قيل لابي عبد الله . وهو في الحديث ، وقال مالك . إن قدم الحلق على الرمي فعليه دم ، وإن قدمه على النحر أو النحر على الرمي فلا شيء عليه لانه بالاجماع ممنوع من حلق شعره قبل التحلل الاول ولا يحصل إلا برمي الجمرة ، فأما النحر قبل الرمي فجائز لان الهدى قد بلغ محله .

ولنا الحديث فإنه لم يفرق بينهما ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له في الحلق والنحر والتقديم والتأخير فقال « لا حرج » ولا نعلم خلافا بينهم في أن مخالفة الترتيب لا تخرج هذه الافعال عن الاجزاء ولا يمنع وقوعها موقعها ، وإنما اختلفوا في وجوب الدم على ما ذكرنا ، والله أعلم .

(فصل) فإن قدم الإفاضة على الرمي أجزأه طوافه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك . لا تجزئه الافاضة فليرم ثم لينحر ثم ليفض .

ولنا ما روى عطاء « أن النبي (ص) قال له رجل . أفضت قبل أن أرمي . قال . ارم ولا حرج » وعنه أن النبي (ص) قال « من قدم شيئاً قبل شيء فلا حرج » رواهما سعيد في سننه ، وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن النبي (ص) أتاه آخر فقال . إني أفضت إلى البيت قبل أن أرمي . فقال . ارم ولا حرج ، فما سئل رسول الله (ص) عن شيء قدم أو أخر إلا قال افعل ولا حرج » رواه أبو داود والنسائي والترمذي ، ولانه أتى بالرمي في وقته . فأجزأه كما لو رتب ، ومقتضى كلام اصحابنا ، انه يحصل له بالافاضة قبل الرمي التحلل الاول ، كمن رمى ولم يفض ، فعلى هذا لو واقع أهله قبل الرمي فعليه دم ولم يفسد حجه ، وكذلك قال الاوزاعي . فإن رجع إلى أهله ولم يرم فعليه دم لترك الرمي ، وحجه صحيح . قال ابن عباس « من نسي أو ترك شيئا من نسكه فليهرق لذلك دما » وقال عطاء ، من نسي من النسك شيئا حتى رجع إلى أهله فليهرق لذلك دما .

« مسألة » (ثم يرجع إلى منى ، ولا يبيت بمكة ليالي منى)

السنة لمن أفاض يوم النحر . أن يرجع الى منى ، لما روى ابن عمر « أن النبي

صلى الله عليه وسلم أفاض يوم النحر ، ثم رجع فصلى الظهر بمنى ، متفق عليه .
وقالت عائشه رضى الله عنها « أفاض رسول الله صلى الله عليه وسلم من آخر يومه حين صلى الظهر ، ثم رجع إلى منى ، فمكث بها ليالى أيام التشريق ، رواه أبو داود وظاهر كلام الخرقى : أن المبيت بمنى ليالى منى واجب ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وقال ابن عباس « لا يبيتن أحد من وراء العقبة من منى ليلا ، وهو قول عروة وإبراهيم ومجاهد وعطاء ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو قول مالك والشافعى .

والثانية : ليس بواجب ، روى ذلك عن الحسن ، وروى عن ابن عباس « اذا رميت الجمرة فبت حيث شئت ، ولأنه قد حل من حجه ، فلم يجب عليه المبيت بموضع معين كليلة الحصبة ، والرواية الأولى أصح ، ولأن ابن عمر روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للعباس بن عبد المطلب أن يبيت بمكة ليالى منى من أجل سقايته ، متفق عليه ، وتخصيص العباس بالرخصة لعذره دليل على أنه لا رخصة لغيره ، وعن ابن عباس قال « لم يرخص النبي صلى الله عليه وسلم لأحد يبيت بمكة إلا العباس من أجل سقايته ، رواه ابن ماجه ، وروى الأثرم عن ابن عمر قال « لا يبيتن أحد من الحاج إلا بمنى ، وكان يبعث رجالا لا يدعون أحداً يبيت وراء العقبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله نسكا ، وقد قال : « خذوا عنى مناسككم » .

(فصل) فإن ترك المبيت بمنى ، فعن أحمد : لا شيء عليه ، وقد أساء ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأن الشرع لم يرد فيه بشيء ، وعنه يطعم شيئاً وخففه ، ثم قال . قد قال بعضهم . ليس عليه . وقال ابراهيم . عليه دم ، وضحك ثم قال . دم بمرة ، ثم شدد بمرة ، قلت . ليس الا أن يطعم شيئا . قال . نعم يطعم شيئا تمراً أو نحوه ، فعلى هذا أى شيء تصدق به أجزأه ، ولا فرق بين ليلة وأكثر ، ولا تقدير فيه ، وعنه . فى الليالى الثلاث دم . لقول ابن عباس « من ترك من نسكه شيئا أو نسيه فليهرق دما » وفيما دون الثلاث ثلاث روايات وهو قول الشافعى : [احداهن . فى كل واحدة مد ، والثانية . درهم . والثالثة . نصف درهم] [1] وهذا

---

(١) ما بين المربعين زدناه من الشرح الكبير ، لأن الكلام لا يتم الا به .

لا نظير له ، فإننا لا نعلم فى ترك شىء من المناسك درهما ، ولا نصف درهم ، فإيجابه بغير نص تحكم لا وجه له ، والله أعلم .

« مسألة » قال (فإذا كان من الغد وزالت الشمس رمى الجمرة الأولى بسبع حصيات ، يكبر مع كل حصاة ، ويقف عندها ، ويرمى ويدعو ، ثم يرمى الوسطى بسبع حصيات ، ويكبر أيضا ويدعو ، ثم يرمى جمرة العقبة بسبع حصيات ، ولا يقف عندها)

قد ذكرنا أن جملة ما يرمى به الحاج سبعون حصاة : سبعة منها يرميها يوم النحر بعد طلوع الشمس ، وسائرها فى أيام التشريق الثلاثة بعد زوال الشمس ، كل يوم احدى وعشرين حصاة ، لثلاث جمرات . يبتدىء بالجمرة الاولى . وهى أبعد الجمرات من مكة ، وتلى مسجد الخيف ، فيجعلها عن يساره ويستقبل القبلة ويرميها بسبع حصيات رافعا يديه ، ثم يتقدم الى الوسطى فيجعلها عن يمينه ، ويستقبل القبلة ويرميها بسبع حصيات ويفعل من الوقوف والدعاء كما فعل فى الاولى ثم يرمى جمرة العقبة بسبع حصيات ويستبطن الوادى ، ويستقبل القبلة ، ولا يقف عندها ، وبهذا قال الشافعى ، ولا نعلم فى جميع ما ذكرنا خلافا ، الا أن مالكا قال . ليس بموضع لرفع اليدين ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عند رؤية البيت ، وقال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل أيقوم الرجل عند الجمرتين اذا رمى ؟ قال . أى لعمرى شديداً ، ويطيل القيام أيضا . قيل . فإلى أين يتوجه فى قيامه ؟ قال الى القبلة ، ويرميها فى بطن الوادى .

والاصل فى هذا . ما روت عائشة قالت « أفاض رسول الله (ص) من آخر يومه حين صلى الظهر . ثم رجع الى منى . فمكث بها ليالى أيام التشريق يرمى الجمرة اذا زالت الشمس ، كل جمرة بسبع حصيات ، يكبر مع كل حصاة ، ويقف عند الاولى والثانية ، فيطيل القيام ويتضرع . ويرمى الثالثة ولا يقف عندها » رواه أبو داود ، وعن ابن عمر « أنه كان يرمى الجمرة بسبع حصيات ؛ يكبر على إثر كل حصاة ، ثم يتقدم ويستهل ويقوم قياما طويلا ويرفع يديه ثم يرمى الوسطى ، ثم يأخذ بذات الشمال فيستهل ، ويقوم مستقبل القبلة قياما طويلا . ثم ينصرف .

ويقول . هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله » رواه البخاري ، وروى أبو داود « أن ابن عمر كان يدعو بدعائه الذي دعى به بعرفة : ويزيد : وأصلح وأتم لنا مناسكنا » .

وقال ابن المنذر : كان ابن عمر وابن مسعود يقولان عند الرمي « اللهم اجعله حجا مبروراً وذنبا مغفوراً » وكان ابن عمر وابن عباس يرفعان أيديهما إذا رميا الجمرة ، ويطيلان الوقوف ، وروى عن عبد الرحمن بن زيد قال « أفضت مع عبد الله فرمى بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة واستبطن الوادي ، حتى إذا فرغ قال : اللهم اجعله حجا مبروراً وذنبا مغفوراً ، ثم قال : هكذا رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة صنع » رواه الأثرم ، وعن عطاء قال « كان ابن عمر يقوم عند الجمرتين مقدار ما يقرأ الرجل سورة البقرة » رواه الأثرم .

فصل

ولا يرمى في أيام التشريق الا بعد الزوال ، فإن رمى قبل الزوال أعاد ، نص عليه ، وروى ذلك عن ابن عمر ، وبه قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وروى عن الحسن وعطاء ، إلا ان إسحاق وأصحاب الرأي رخصوا في الرمي يوم النفر قبل الزوال ، ولا ينفر الا بعد الزوال . وعن أحمد مثله : ورخص عكرمة في ذلك أيضا ، وقال طاوس : يرمى قبل الزوال وينفر قبله

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما رمى بعد الزوال ، لقول عائشة « يرمى الجمرة إذا زالت الشمس » وقول جابر في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمي الجمرة ضحى يوم النحر ، ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس » وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى مناسككم » وقال ابن عمر « كنا نتحين إذا زالت الشمس رمينا » وأي وقت رمى بعد الزوال أجزأه إلا أن المستحب المبادرة إليها حين الزوال ، كما قال ابن عمر ، وقال ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرمى الجمار اذا زالت الشمس قدر ما إذا فرغ من رميه صلى الظهر » رواه ابن ماجه .

(فصل) والترتيب في هذه الجمرات واجب على ما ذكرنا ، فإن نكس فبدأ بجمرة العقبة ثم الثانية ثم الاولى ، أو بدأ بالوسطى ورمى الثلاث ، لم يجزه إلا الاولى

وأعادالوسطى والقصوى، نص عليه أحمد ، وان رمى القصوى ثم الاولى ثم الوسطى أعاد القصوى وحدها ، وبهذا قال مالك والشافعى .

وقال الحسن وعطاء : لا يجب الترتيب ، وهو قول أبى حنيفة ، فإنه قال اذا رمى منكساً يعيد ، فإن لم يفعل أجزأه ، واحتج بعضهم بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من قدم نسكا بين يدى نسك فلا حرج » ولأنها مناسك متكررة فى أمكنة متفرقة فى وقت واحد ليس بعضها تابعاً لبعض ، فلم يشترط الترتيب فيها كالرمى والذبح .

ولنا أن النبي (ص) رتبها فى الرمى وقال « خذوا عنى مناسككم » ولأنه نسك متكرر فاشترط الترتيب فيه كالسعى ، وحديثهم انما جاء فيمن يقدم نسكا على نسك لا فى تقديم بعض النسك على بعض ، وقياسهم يبطل بالطواف والسعى .

﴿ فصل ﴾

وان ترك الوقوف عندها والدعاء ترك السنة ، ولا شيء عليه ، وبذلك قال الشافعى وأبو حنيفة واسحاق وأبو ثور ، ولا نعلم فيه مخالفا ، الا الثورى قال : يطعم شيئا ، وان أراق دما أحب الى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله : فيكون نسكا .

ولنا أنه دعاء وقوف مشروع له ، فلم يجب بتركه شيء ، كحالة رؤية البيت وكسائر الأدعية ، ولأنها احدى الجمرات ، فلم يجب الوقوف عندها والدعاء كالاولى ، والنبي صلى الله عليه وسلم يفعل الواجبات والمندوبات ، وقد ذكرنا الدليل على أن هذا ندب .

(فصل والاولى أن لا ينقص فى الرمى عن سبع حصيات ، لان النبي صلى الله عليه وسلم رمى بسبع حصيات ، فإن نقص حصاة أو حصاتين فلا بأس ، ولا ينقص أكثر من ذلك ، نص عليه ، وهو قول مجاهد واسحاق : وعنه ان رمى بست ناسيا فلا شيء عليه ، ولا ينبغى أن يتعمده ، فان تعمد ذلك تصدق بشيء ، وكان ابن عمر يقول « ما أبالى رميت بست أو سبع » وقال ابن عباس « ما أدرى رماها النبي صلى الله عليه وسلم بست أو سبع » وعن أحمد . أن عدد السبع شرط ونسبه الى مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ، لان النبي صلى الله عليه وسلم

رمى بسبع ، وقال أبو حية « لا بأس بما رمى به الرجل من الحصى ، فقال عبد الله ابن عمرو : صدق أبو حية ، وكان أبو حية بدريا .

ووجه الرواية الأولى . ما روى ابن أبي نجيح قال : سئل طاوس عن رجل ترك حصاة ؟ قال : يتصدق بتمرة أو لقمة . فذكرت ذلك لمجاهد ، فقال : ان أبا عبد الرحمن لم يسمع قول سعد ، قال سعد ، رجعنا من الحجة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . بعضنا يقول : رميت بست ، وبعضنا يقول : بسبع ، فلم يعب ذلك بعضنا على بعض » رواه الأثرم وغيره ، ومتى أخل بحصاة واجبة من الاولى لم يصح رمى الثانية حتى يكمل الاولى ، فان لم يدر من أى الجمار تركها بنى على اليقين وان أخل بحصاة غير واجبة لم يؤثر تركها .

« مسألة » قال (ويفعل فى اليوم الثانى كما يفعل بالأمس ، فإن أحب أن يتعجل فى يومين خرج قبل غروب الشمس . فان غربت الشمس وهو بها ، لم يخرج حتى يرمى من غد بعد الزوال ، كما رمى بالأمس

وجملته : أن الرمى فى اليوم الثانى كالرمى فى اليوم الأول فى وقته وصفته وهيئته . ولا نعلم فيه خلافا ، فان أحب التعجل فى يومين خرج قبل الغروب ، وأجمع أهل العلم على أن من أراد الخروج من منى شاخصا عن الحرم غير مقيم بمكة أن ينفر بعد الزوال فى اليوم الثانى من أيام التشريق ، فان أحب الإقامة بمكة فقال أحمد : لا يعجبنى لمن ينفر النفر الأول أن يقيم بمكة ، وكان مالك يقول فى أهل مكة : من كان له عذر فله أن يتعجل فى يومين ، فان أراد التخفيف عن نفسه من أمر الحج فلا . ويحتج من ذهب الى هذا بقول عمر (رض) « من شاء من الناس كلهم أن ينفر فى النفر الأول الا آل خزيمة فلا ينفرون الا فى النفر الآخر » جعل أحمد واسحاق معنى قول عمر « الا آل خزيمة » أى أنهم أهل حرم مكة .

والمذهب : جواز النفر فى النفر الأول لكل أحد ، وهو قول عامة العلماء لقول الله تعالى (٢ : ٢٠٣ فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه ، ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى قال عطاء : هى للناس عامة ، وروى أبو داود وابن ماجه عن عبد الرحمن بن يعمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيام منى ثلاثة ، فمن

تعجل فى يومين فلا اثم عليه ، ومن تأخر فلا اثم عليه » قال ابن عيينة هذا أجود حديث رواه سفيان، وقال وكيع هذا الحديث أم المناسك ، وفيه زيادة أنا اختصرته ولأنه دفع من مكان فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم ، كالدفع من عرفة ومن مزدلفة وكلام أحمد فى هذا أراد به الاستحباب ، موافقة لقول عمر لا غير ، فمن أحب التعجيل فى النفر الأول خرج قبل غروب الشمس ، فان غربت قبل خروجه من منى لم ينفر ، سواء كان ارتحل أو كان مقيما فى منزله لم يجز له الخروج ، هذا قول عمر وجابر بن زيد وعطاء وطاوس ومجاهد وأبان بن عثمان ومالك والثورى والشافعى واسحاق وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : له أن ينفر مالم يطلع فجر اليوم الثالث ، لأنه لم يدخل اليوم الآخر ، فجاز له النفر كما قبل الغروب .

ولنا قوله تعالى (فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه) واليوم اسم للنهار : فمن أدركه الليل فما تعجل فى يومين ، قال ابن المنذر . وثبت عن عمر أنه قال « من أدركه المساء فى اليوم الثانى فليقم الى الغد حتى ينفر مع الناس » وما قاسوا عليه لا يشبه ما نحن فيه ، فانه تعجل فى اليومين .

(فصــــل) اذا أخر رمى يوم الى ما بعده أو أخر الرمى كله الى آخر أيام التشريق ترك السنة ، ولا شىء عليه الا أنه يقدم بالنية رمى اليوم الاول ثم الثانى ثم الثالث ، وبذلك قال الشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفه : ان ترك حصاة أو حصاتين أو ثلاثا الى الغد رماها وعليه كل حصاة نصف صاع ، وان ترك أربعا رماها وعليه دم .

ولنا أن أيام التشريق وقت للرمى ، فاذا أخره من أول وقته الى آخره لم يلزمه شىء ، كما لو أخر الوقوف بعرفه الى آخر وقته ، ولأنه وقت يجوز الرمى فيه ، فجاز لغيرهم كاليوم الاول ، قال القاضى : ولا يكون رميه فى اليوم الثانى قضاء ، لانه وقت واحد ؛ وان كان قضاء فالمراد به الفعل كقوله (٢٢ : ٢٩ ليقضوا تفثهم) وقولهم . قضيت الدين ، والحكم فى رمى جمرة العقبة اذا أخرها : كالحكم فى رمى أيام التشريق فى أنها اذا لم ترم يوم النحر رميت من الغد ، وانما قلنا يلزمه الترتيب بنية ، لانها عبادات يجب الترتيب فيها مع فعلها فى أيامها ، فوجب ترتيبها مجموعة كالصلاتين المجموعتين والفوائت .

« مسألة » قال ﴿ ويستحب أن لا يدع الصلاة فى مسجد منى مع الإمام ﴾

يعنى مسجد الخيف ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا يصلون بمنى قال ابن مسعود « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ، ومع أبى بكر وعمر وعثمان ركعتين صدراً من إمارته » وهذا إذا كان الإمام مرضيا ، فإن لم يكن مرضيا صلى المرء برفقته فى رحله .

(فصـــل)

ويستحب أن يخطب الإمام فى اليوم الثانى من أيام التشريق خطبة يعلم الناس فيها حكم التعجيل والتأخير وتوديعهم ، وبهذا قال الشـــافعى وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : لا يستحب قياسا على اليومين الآخرين

ولنا ما روى عن رجلين من بنى بكر قالا « رأينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بين أوساط أيام التشريق ونحن عند راحلته » رواه أبو داود . وعن سَرّاء بنت نبهان قالت « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الرءوس فقال : أى يوم هذا ؟ قلت الله ورسوله أعلم . قال : أليس أوسط أيام التشريق ؟ »

روى الدارقطنى بإسناده عن عبدالعزيز بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده . « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب أوسط أيام التشريق ، يعنى يوم النفر الأول » ولأن بالناس حاجة الى أن يعلمهم : كيف يتعجلون وكيف يودعون ؟ بخلاف اليوم الأول .

« مسألة » قال ﴿ ويكبر فى دبر كل صلاة ، من صلاة الظهر يوم النحر الى آخر أيام التشريق ﴾

إنما خص المحرم بالتكبير من يوم النحر ظهراً : لأنه قبل ذلك مشغول بالتلبية فلا يقطعها إلا عند رمى جمرة العقبة ، كما بيناه فيما قبل : وليس بعدهما صلاة قبل الظهر ، فيكبر حينئذ بعدها كالمحل ، ويستوى هو والحلال فى آخر مدة التكبير ، وصفة التكبير ما ذكرنا فى صلاة العيد ، وهو أن يقول « الله أكبر الله أكبر لا إله الا الله ، والله أكبر ولله الحمد »

فصـــل

قال بعض أصحابنا : يستحب لمن نفر أن يأتي المحصب ، وهو الأبطح ، وحدّه ما بين الجبلين الى المقبرة ، فيصلي به الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، ثم يضطجع يسيراً ثم يدخل مكة ، وكان ابن عمر يرى التحصيب سنة . قال ابن عمر « يصلي بالمحصب الظهر والعصر والمغرب والعشاء » وكان كثير الاتباع لرسول الله (ص) وكان طاوس يحصب في شعب الجور ، وكان سعيد بن جبير يفعله ثم تركه . وكان ابن عباس وعائشة لا يريان ذلك سنة

قال ابن عباس « التحصيب ليس بشيء ، إنما هو منزل نزله رسول الله (ص) وعن عائشه « أن نزول الأبطح ليس بسنة : انما نزله رسول الله (ص) ليكون أسمح لخروجه اذا خرج » متفق عليهما ، ومن استحب ذلك فلاتباع رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه كان ينزله .

قال نافع « كان ابن عمر يصلي بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ويذكر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم» متفق عليه . وقال ابن عمر « كان رسول الله (ص) وأبو بكر وعثمان ينزلون الابطح » قال الترمذي . هذا حديث حسن غريب ، ولا خلاف في أنه ليس بواجب ولا شيء على تاركه

« مسألة » قال (فإذا أتى مكة لم يخرج حتى يودع البيت ، يطوف به سبعا ، ويصلي ركعتين اذا فرغ من جميع أموره ، حتى يكون آخر عهده بالبيت)

وجملة ذلك أن من أتى مكة لا يخلو اما أن يريد الإقامة بها أو الخروج منها ، فإن أقام بها فلا وداع عليه ، لان الوداع من المفارق لا من الملازم ، سواء نوى الإقامة قبل النفر أو بعده ، وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : ان نوى الإقامة بعد أن حل له النفر لم يسقط عنه الطواف ولا يصح لأنه غير مفارق فلا يلزمه وداع ، كمن نواها قبل حل النفر ، وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » وهذا ليس بنافر ، فأما الخارج من مكة فليس له أن يخرج حتى يودع البيت بطواف سبع ،

وهو واجب من تركه لزمه دم . وبذلك قال الحسن والحكم وحماد والثورى وإسحاق وأبو ثور . وقال الشافعى فى قول له : لا يجب بتركه شيء ، لأنه يسقط عن الحائض فلم يكن واجبا كطواف القدوم ، ولأنه كتحية البيت أشبه طواف القدوم .

ولنا ما روى ابن عباس قال « أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت ، إلا أنه خفف عن المرأة الحائض» متفق عليه . ولمسلم قال « كان الناس ينصرفون كل وجه فقال رسول الله (ص) : لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » وليس فى سقوطه عن المعذور ما يجوز سقوطه لغيره ، كالصلاة تسقط عن الحائض وتجب على غيرها : بل تخصيص الحائض بإسقاطه عنها دليل على وجوبه على غيرها ، إذ لو كان ساقطا عن الكل لم يكن لتخصيصها بذلك معنى

وإذا ثبت وجوبه فإنه ليس بركن بغير خلاف . ولذلك سقط عن الحائض ولم يسقط طواف الزيارة ، وسمى طواف الوداع ، لأنه لتوديع البيت وطواف الصدر لأنه عند صدور الناس من مكة . ووقته بعد فراغ المرء من جميع أموره ، ليكون آخر عهده بالبيت على ما جرت به العادة فى توديع المسافر إخوانه وأهله ولذلك قال النبى (ص) « حتى يكون آخر عهده بالبيت »

(فصل)

ومن كان منزله فى الحرم فهو كالمكى لا وداع عليه : ومن كان منزله خارج الحرم قريبا منه ، فظاهر كلام الخرقى أنه لا يخرج حتى يودع البيت ، وهذا قول أبى ثور ، وقياس قول مالك ذكره ابن القاسم . وقال أصحاب الرأى فى أهل بستان ابن عامر وأهل المواقيت : انهم بمنزلة أهل مكة فى طواف الوداع لأنهم معدودون من حاضرى المسجد الحرام ، بدليل سقوط دم المتعة عنهم

ولنا عموم قوله (ص) « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » ولأنه خارج من مكة فلزمه التوديع كالبعيد :

(فصل) فإن أخر طواف الزيارة فطافه عند الخروج ففيه روايتان : إحداهما يجزئه عن طواف الوداع لأنه أمر أن يكون آخر عهده بالبيت وقد

فعل ، ولأن ما شرع لتحية المسجد أجزأ عنه الواجب من جنسه كتحية المسجد بركعتين تجزىء عنهما المكتوبة (١)

وعنه لا يجزئه عن طواف الوداع لأنهما عبادتان واجبتان ، فلم تجز إحداهما عن الأخرى كالصلاتين الواجبتين

« مسألة » قال ﴿ فإن ودع واشتغل فى تجارة عاد فودع ﴾

قد ذكرنا أن طواف الوداع إنما يكون عند خروجه ليكون آخر عهده بالبيت ، فإن طاف للوداع ثم اشتغل بتجارة أو إقامة فعليه إعادته ، وبهذا قال عطاء ومالك والثورى والشافعى وأبو ثور . وقال أصحاب الرأى : إذا طاف للوداع أو طاف تطوعا بعدما حل له النفر أجزأه عن طواف الوداع ، وإن قام شهراً أو أكثر لأنه طاف بعدما حل له النفر فلم يلزمه إعادته كما لو نفر عقيبه

ولنا قوله عليه السلام « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » ولأنه إذا قام بعده خرج عن أن يكون وداعاً فى العادة فلم يجزه ، كما لو طافه قبل حل النفر ، فأما إن قضى حاجة فى طريقه أو اشترى زاداً أو شيئا لنفسه فى طريقه لم يعده ، لأن ذلك ليس بإقامة تخرج طوافه عن أن يكون آخر عهده بالبيت ، وبهذا قال مالك والشافعى ولا نعلم مخالفاً لهما

« مسألة » قال ﴿ فإن خرج قبل الوداع رجع ان كان بالقرب ، وان بعد بعث بدم ﴾

هذا قول عطاء والثورى والشافعى وإسحاق وأبى ثور ، والقريب هو الذى بينه وبين مكة دون مسافة القصر ، والبعيد من بلغ مسافة القصر ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعى . وكان عطاء يرى الطائف قريبا . وقال الثورى . حد ذلك الحرم ، فمن كان فى الحرم فهو قريب ، ومن خرج منه فهو بعيد

ووجه القول الأول أن من دون مسافة القصر فى حكم الحاضر فى أنه لا يقصر ولا يفطر ، ولذلك عددناه من حاضرى المسجد الحرام ، وقد روى أن عمر

---

(١) هذه الرواية الثانية

« رد رجلا من مر الى مكة ليكون آخر عهده بالبيت » رواه سعيد ، وان لم يمكنه الرجوع لعذر فهو كالبعيد ، ولو لم يرجع القريب الذي يمكنه الرجوع لم يكن عليه أكثر من دم ، ولا فرق بين تركه عمداً أو خطأ لعذر أو غيره لأنه من واجبات الحج فاستوى عمده وخطؤه والمعذور وغيره كسائر واجباته

فإن رجع البعيد فطاف للوداع فقال القاضي لا يسقط عنه الدم لأنه قد استقر عليه الدم ببلوغه مسافة القصر فلم تسقط برجوعه ، كمن تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه ثم رجع اليه ، وان رجع القريب فطاف فلا دم عليه ، سواء كان ممن له عذر يسقط عنه الرجوع أو لا ، لأن الدم لم يستقر عليه لكونه في حكم الحاضر ويحتمل سقوط الدم عن البعيد برجوعه لأنه واجب أتى به فلم يجب عليه بدله كالقريب

(فصـــل)

إذا رجع البعيد فينبغي أن لا يجوز له تجاوز الميقات ان كان جاوزه إلا محرما لأنه ليس من أهل الاعذار فيلزمه طواف لإحرامه بالعمرة والسعي وطواف لوداعه ، وفي سقوط الدم عنه ما ذكرنا من الخلاف ، وان كان دون الميقات أحرم من موضعه . فأما ان رجع القريب فظاهر قول من ذكرنا قوله : أنه لا يلزمه إحرام ، لأنه رجع لإتمام نسك مأمور به ، فأشبه من رجع لطواف الزيارة : فإن ودع وخرج ثم دخل مكة لحاجة ، فقال أحمد أحب الي ألا يدخل الا محرما ؛ وأحب الي اذا خرج أن يودع البيت بالطواف ، وهذا لانه لم يدخل لإتمام النسك انما دخل لحاجة غير متكررة ، فأشبه من يدخلها للإقامة بها

« مسألة » قال ﴿ والمرأة اذا حاضت قبل أن تودع خرجت ولا وداع عليها ولا فدية ﴾

هذا قول عامة فقهاء الامصار ، وقد روي عن عمر وابنه « أنهما أمرا الحائض بالمقام لطواف الوداع » وكان زيد بن ثابت يقول به ثم رجع عنه ، فروى مسلم أن زيد بن ثابت خالف ابن عباس في هذا . قال طاوس « كنت مع ابن عباس اذ قال : زيد بن ثابت يفتي : أن لا تصدر الحائض قبل أن يكون آخر عهدها بالبيت فقال له ابن عباس : أما لا تسأل فلانة الانصارية هل أمرها رسول الله (ص)

لك ؟ قال : فرجع زيد إلى ابن عباس يضحك ، وهو يقول : ما أراك إلا قد صدقت » وروى عن ابن عمر : أنه رجع إلى قول الجماعة أيضاً ، وقد ثبت التخفيف عن الحائض بحديث صفية حين قالوا « يا رسول الله إنها حائض ، فقال : أحابستنا هي ؟ قالوا : يا رسول الله ، إنها قد أفاضت يوم النحر ، قال : فلتنفر اذاً ولا أمرها بفدية ولا غيرها ، وفي حديث ابن عباس « الا أنه خفف عن المرأة الحائض » والحكم في النفساء كالحكم في الحائض ، لأن أحكام النفاس أحكام الحيض فيما يوجب ويسقط .

(فصل) واذا نفرت الحائض بغير وداع فطهرت قبل مفارقة البنيان رجعت فاغتسلت وودعت ، لأنها في حكم الاقامة بدليل أنها لا تستبيح الرخص فإن لم يمكنها الاقامة فمضت أو مضت لغير عذر فعليها دم . وان فارقت البنيان لم يجب الرجوع اذا كانت قريبة كالخارج من غير عذر : قلنا : هناك ترك واجبا فلم يسقط بخروجه حتى يصير الى مسافة القصر لأنه يكون انشاء سفر طويل غير الأول ، وهاهنا لم يكن واجبا ، ولا يثبت وجوبه ابتداء الا في حق من كان مقيما .

(فصـــل)

ويستحب أن يقف المودع في الملتزم ، وهو ما بين الركن والباب فيلتزمه يلصق به صدره ووجهه ويدعو الله عز وجل ، لما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « طفت مع عبد الله ، فلما جاء دبر الكعبة قلت ألا تتعوذ ؟ قال . نعوذ بالله من النار . ثم مضى حتى استلم الحجر فقام بين الركن والباب ؛ فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا — وبسطها بسطا — وقال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله » .

وعن عبد الرحمن بن صفوان قال « لما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة انطلقت فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خرج من الكعبة هو وأصحابه قد استلموا الركن من الباب الى الحطيم ووضعوا خدودهم على البيت ورسول الله صلى الله عليه وسلم وسطهم » رواه أبو داود ، وقال منصور . سألت مجاهداً اذا أردت الوداع كيف أصنع ؟ قال تطوف بالبيت سبعا ، وتصلي ركعتين خلف المقام ثم تأتي زمزم فتشرب من مائها ثم تأتي الملتزم ما بين الحجر والباب فتستلمه ثم تدعو

ثم تسأل حاجتك ثم تستلم الحجر وتنصرف ، قال بعض أصحابنا . ويقول فى دعائه « اللهم هذا بيتك وأنا عبدك وابن عبدك حملتنى على ما سخرت لى من خلقك وسيرتنى فى بلادك حتى بلغتنى بنعمتك الى بيتك وأعنتنى على أداء نسكى فإن كنت رضيت عنى فازدد عنى رضا والا فمن الآن قبل أن تنأى عن بيتك دارى . فهذا أوان انصرافى ان أذنت لى غير مستبدل بك ولا ببيتك ، ولا راغب عنك ولا عن بيتك ، اللهم فاصحبنى العافية فى بدنى والصحة فى جسمى والعصمة فى دينى وأحسن منقلبى ، وارزقنى طاعتك أبداً ما أبقيتنى واجمع لى بين خيرى الدنيا والآخرة انك على كل شىء قدير » .

وعن طاوس قال . رأيت أعرابيا أتى الملتزم فتعلق بأستار الكعبة فقال « بك أعوذ ، وبك ألوذ . اللهم فاجعل لى فى اللهف الى جودك والرضا بضمانك مندوحا عن منع الباخلين ، وغنى عما فى أيدى المستأثرين . اللهم بفرجك القريب ومعروفك القديم وعادتك الحسنة . ثم أضلنى فى الناس فلقيته بعرفات قائما وهو يقول : اللهم ان كنت لم تقبل حجتى وتعبى ونصبى فلا تحرمنى أجر المصاب على مصيبته ، فلا أعلم أعظم مصيبة ممن ورد حوضك وانصرف محروما من وجه رغبتك .

وقال آخر . يا خير موفود اليه ، قد ضعفت قوتى وذهبت منتى وأتيت اليك بذنوب لا تغسلها البحار . أستجير برضاك من سخطك . وبعفوك من عقوبتك ، رب ارحم من شملته الخطايا وغمرته الذنوب . وظهرت منه العيوب ارحم أسير ضر وطريد فقر ، أسألك أن تهب لى عظيم جرمى يا مستزاداً من نعمه ومستعاذاً من نقمه ، ارحم صوت حزين دعاك بزفير وشهيق ، اللهم ان كنت بسطت اليك يدى داعيا ، وطالما كفيتنى ساهيا ، فبنعمتك التى تظاهرت على عند الغفلة لا أيأس منها عند التوبة . فلا تقطع رجائى منك لما قدمت من اقتراف . وهب لى الاصلاح فى الولد والأمن فى البلد والعافية فى الجسد انك سميع مجيب . اللهم ان لك على حقوقا فتصدق بها على والناس قبلى تبعات فتحملها عنى . وقد أوجبت لكل ضيف قرى وأنا ضيفك الليلة فاجعل قراى الجنة . اللهم ان سائلك عند بابك من ذهبت أيامه وبقيت آثامه وانقطعت شهوته وبقيت تبعته . فارض عنه . وان لم ترض عنه فاعف عنه . فقد يعفو السيد عن عبده وهو عنه غير راض

ثم يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، والمرأة اذا كانت حائضا لم تدخل المسجد ووقفت على بابه فدعت بذلك .

(فصل) قال أحمد . إذا ودع البيت يقوم عند الباب إذا خرج ويدعو ، فإذا ولى لا يقف ولا يلتفت وإن التفت رجع فودع، وروى حنبل فى مناسكه عن المهاجرة قال . قلت لجابر بن عبد الله « الرجل يطوف بالبيت ويصلى ، فإذا انصرف خرج ثم استقبل القبلة فقام ؟ فقال . ما كنت أحسب يصنع هذا اليهود والنصارى[1] » قال أبو عبد الله . أكره ذلك ، وقول أبى عبد الله . إن التفت رجع فودع على سبيل الاستحباب ، إذ لا نعلم لإيجاب ذلك عليه دليلا ، وقد قال مجاهد . إذا كدت تخرج عن باب المسجد فالتفت ثم انظر إلى الكعبة ثم قل . اللهم لا تجعله آخر العهد .

« مسألة » قال ﴿ ومن ترك طواف الزيارة رجع من بلده حراما حتى يطوف بالبيت ﴾

وجملة ذلك أن طواف الزيارة ركن الحج لا يتم إلا به ، ولا يحل من إحرامه حتى يفعله ، فإن رجع الى بلده قبله لم ينفك احرامه ورجع متى أمكنه محرما لا يجزئه غير ذلك ؛ وبذلك قال عطاء والثورى ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر ، وقال الحسن . يحج من العام المقبل وحكى نحو ذلك عن عطاء قولا ثانيا ، وقال . يأتى عاما قابلا من حج أو عمرة .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم حين ذكر له أن صفية حاضت قال « أحابستنا هى ؟ قيل ، انها قد أفاضت يوم النحر قال : فلتنفر اذاً » يدل على أن هذا الطواف لا بد منه ، وأنه حابس لمن لم يأت به ، فإن نوى التحلل ورفض احرامه لم يحل بذلك ، لأن الاحرام لا يخرج منه بنية الخروج ، ومتى رجع الى مكة فطاف بالبيت حل بطوافه ، لأن الطواف لا يفوت وقته على ما أسلفناه .

(فصل) فإن ترك بعض الطواف فهو كما لو ترك جميعه فيما ذكرنا ، وسواء ترك شوطا أو أقل أو أكثر ، وهذا قول عطاء ومالك والشافعى وإسحاق وأبى ثور

---

(١) وفى الشرح الكبير إلا اليهود والنصارى .

وقال أصحاب الرأى : من طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة أو طواف العمرة وسعى بين الصفا والمروة ، ثم رجع إلى الكوفة : إن سعيه يجزئه وعليه دم لما ترك من الطواف بالبيت .

ولنا أن ما أتى به لا يجزئه إذا كان بمكة ، فلا يجزئه إذا خرج منها ، كما لو طاف دون الأربعة أشواط .

(فصل) وإذا ترك طواف الزيارة بعد رمى جمرة العقبة ، فلم يبق محرما إلا عن النساء خاصة لأنه قد حصل له التحلل الأول برمى جمرة العقبة ، فلم يبق محرما إلا عن النساء خاصة ، وإن وطىء لم يفسد حجه ولم تجب عليه بدنة ، لكن عليه دم ، ويجدد إحرامه ليطوف فى إحرام صحيح ، قال أحمد : من طاف للزيارة أو اخترق الحجر فى طوافه ، ورجع إلى بغداد ، فإنه يرجع لأنه على بقية إحرامه ، فإن وطىء النساء أحرم من التنعيم على حديث ابن عباس ، وعليه دم ، وهذا كما قلنا .

« مسألة » قال (وإن كان طاف للوداع ، لم يجزئه لطواف الزيارة)

وإنما لم يجزه عن طواف الزيارة ، لأن تعيين النية شرط فيه على ما ذكرنا ، فمن طاف للوداع فلم يعين النية له ، فكذلك لم يصح .

« مسألة » قال (وليس فى عمل القارن زيادة على عمل المفرد ، إلا أن عليه دما ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة ، وسبعة إذا رجع)

المشهور عن أحمد : أن القارن بين الحج والعمرة لا يلزمه من العمل إلا ما يلزم المفرد ، وأنه يجزئه طواف واحد وسعى واحد لحجه وعمرته . نص عليه فى رواية جماعة من أصحابه ، وهذا قول ابن عمر وجابر بن عبد الله ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد رواية ثانية : أن عليه طوافين وسعيين ، ويروى ذلك عن الشعبى وجابر بن زيد وعبد الرحمن ابن الأسود ، وبه قال الثورى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى ، وقد روى عن

علي ، ولم يصح عنه واحتج بعض من اختار ذلك بقول الله تعالى (٢ : ١٩٦ وأتموا الحج والعمرة لله) وتمامها : أن يأتي بأفعالها على الكمال ، ولم يفرق بين القارن وغيره ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من جمع بين الحج والعمرة فعليه طوافان » ولأنهما نسكان ، فكان لهما طوافان كما لو كانا منفردين :

ولنا ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت « وأما الذين كانوا جمعوا بين الحج والعمرة فإنهم طافوا لهما طوافا واحدا » متفق عليه ، وفي مسلم « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة لما قرنت بين الحج والعمرة : يسعك طوافك لحجك وعمرتك » .

وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحرم بالحج والعمرة أجزأه طواف واحد وسعي واحد عنهما جميعا » وعن جابر « أن النبي (ص) قرن بين الحج والعمرة فطاف لهما طوافا واحداً » رواهما الترمذي ، وقال في كل واحد منهما . حديث حسن ، وروى ليث عن طاوس وعطاء ومجاهد عن جابر وابن عمر وابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يطف بالبيت هو وأصحابه لعمرتهم وحجهم إلا طوافا واحداً » رواه الأثرم وابن ماجه .

وعن سلمة قال « حلف طاوس ما طاف أحد من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم للحج والعمرة إلا طوافا واحداً » ولأنه ناسك يكفيه حلق واحد ورمي واحد ، فكفاه طواف واحد وسعي واحد كالمفرد ، ولأنهما عبادتان من جنس واحد . فإذا اجتمعتا دخلت أفعال الصغرى في الكبرى كالطهارتين ، وأما الآية : فإن الأفعال إذا وقعت لهما فقد تما ، وأما الحديث الذي احتجوا به : فلا نعلم صحته ورواه الدارقطني من طرق ضعيفة في بعضها الحسن بن عمارة ، وفي بعضها عمر ابن يزيد ، وفي بعضها حفص بن أبي داود ، وكلهم ضعفاء ، وكفى به ضعفا معارضته لما روينا من الأحاديث الصحيحة ، وإن صح فيحتمل أنه أراد عليه طواف وسعي فسماهما طوافين ، فإن السعي يسمى طوافا ، قال الله تعالى (٢ : ١٥٨ فلا جناح عليه أن يطوَّف بهما) ويحتمل أنه أراد عليه طوافان طواف الزيارة وطواف الوداع .

(فصل) وإن قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد ، نص عليه أحمد ، فقال :

اذا قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد ، وهؤلاء يقولون ، فى ذلك جزاءان فيلزمهم أن يقولوا . فى صيد الحرم ثلاثة لأنهم يقولون فى الحل اثنان ، ففى الحرم ينبغى أن يكون ثلاثة ، وهذا قول مالك والشافعى ، وقال أصحاب الرأى عليه جزاءان ، قال القاضى : واذا قلنا عليه طوافان لزمه جزا آن .

ولنا قول الله تعالى (٥ ، ٩٥ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم) ومن أوجب جزاءين فقد أوجب مثلين ، ولأنه صيد واحد فلم يجب فيه جزاءان كما لو قتل المحرم فى الحرم صيداً ، ولأنه لا يزيد على محرمين قتلا صيداً ، فليس عليهما الا فداء واحد ، وكذلك محرم وحلال قتلا صيدا حرميا .

(فصل وان أفسد القارن نسكه بالوطء ، فعليه فداء واحد ، وبذلك قال عطاء وابن جريج ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور ، ولا يسقط دم القران ، وقال الحكم . عليه هديان .

ويتخرج لنا أن يلزمه بدنة وشاة اذا قلنا يلزمه طوافان ، وقال أصحاب الرأى . ان وطىء قبل الوقوف فسد نسكه ، وعليه شاتان للحج والعمرة ، ويسقط عنه دم القران

ولنا أن الصحابة رضى الله عنهم الذين سئلوا عمن أفسد نسكه لم يأمروه الا بفداء واحد ولم يفرقوا ، ولأنه أحد الأنساك الثلاثة فلم يجب فى افساده أكثر من فدية واحدة كالآخرين ، وسائر محظورات الإحرام من اللبس والطيب وغيرهما لا يجب فى كل واحد منها أكثر من فداء واحد كما لو كان مفردا ، والله أعلم .

« مسألة » قال (الا أن عليه دماً ، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجع)

هذا استثناء منقطع ، معناه لكن عليه دم فإن وجوب الدم ليس من الأفعال المنفية بقوله ، وليس فى عمل القارن زيادة على عمل المفرد ، ولا نعلم فى وجوب الدم على القارن خلافا : الا ما حكى عن داود ، أنه لا دم عليه وروى ذلك عن طاوس ، وحكى ابن المنذر ، أن ابن داود لما دخل مكة سئل عن القارن هل يجب عليه دم ؟ فقال : لا ، فجر برجله . وهذا يدل على شهرة الأمر بينهم .

ولنا قول الله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى)

والقارن متمتع بالعمرة إلى الحج ، بدليل أن علياً رضى الله عنه لما سمع عثمان ينهى عن المتعة أهل بالحج والعمرة ليعلم الناس أنه ليس بمنهى عنه ، وقال ابن عمر « إنما القران لأهل الآفاق ، وتلا قوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من قرن بين حجه وعمرته فليهرق دماً ، ولأنه ترفه بسقوط أحد السفرين فلزمه دم كالمتمتع ، وإذا عدم الدم فعليه صيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع كالمتمتع سواء

(فصل) ومن شرط وجوب الدم عليه أن لا يكون من حاضرى المسجد الحرام فى قول جمهور العلماء . وقال ابن الماجشون : عليه دم ، لأن الله تعالى إنما أسقط الدم [1] وليس هذا متمتعا ، وليس هذا بصحيح ، فإننا قد ذكرنا أنه متمتع وإن لم يكن متمتعا فهو فرع عليه ، ووجوب الدم على القارن انما كان بمعنى النص على المتمتع ، فلا يجوز أن يخالف الفرع أصله

« مسألة » قال ﴿ ومن اعتمر فى أشهر الحج فطاف وسعى ثم أحرم بالحج من عامه ، ولم يكن خرج من مكة الى ما تقصر فيه الصلاة ، فهو متمتع عليه دم ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول :

أحدها : وجوب الدم على المتمتع فى الجملة ، وأجمع أهل العلم عليه . قال ابن المنذر . أجمع أهل العلم على أن من أهل بعمرة فى أشهر الحج من أهل الآفاق من الميقات وقدم مكة ففرغ منها وأقام بها وحج من عامه : أنه متمتع وعليه الهدى ان وجد والا فالصيام ، وقد نص الله تعالى عليه بقوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج الآية ، وقال ابن عمر « تمتع الناس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة الى الحج ، فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للناس . من لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر ثم ليهل بالحج ويهدى ، فمن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجع الى أهله » متفق عليه . وقال جابر « كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة الى الحج فنذبح البقرة

---

(١) كذا فى الأصل ، وفى العبارة سقط ، فليحرر

عن سبعة نشترك فيها ، رواه مسلم . ومن أبي جمرة قال « سألت ابن عباس عن المتعة فأمرني بها ، وسألته عن الهدى فقال : فيها جزور أو بقرة أو شاة أو شرك من دم» متفق عليه . والدم الواجب شاة أو سبع بقرة أو سبع بدنة ، فإن نحر بدنة أو ذبح بقرة فقد زاد خيرا ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأى

وقال مالك لا يجزىء الا بدنة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تمتع ساق بدنة وهذا ترك لظاهر قوله تعالى (فما استيسر من الهدى) واطراح للآثار الثابتة ، وما احتجوا به فلا حجة فيه : فإن اهداء النبي صلى الله عليه وسلم للبدنة لا يمنع اجزاء ما دونها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد ساق مائة بدنة ، ولا خلاف في أن ذلك ليس بواجب ، ولا يجب أن تكون البدنة التي يذبحها على صفة بدن النبي صلى الله عليه وسلم . ثم انهم يقولون : ان النبي (ص) كان مفرداً في حجته : ولذلك ذهبوا الى تفضيل الافراد ، فكيف يكون سوقه للبدن دليلا لهم في التمتع ولم يكن متمتعا ؟

الفصل الثاني في الشروط التي يجب الدم على من اجتمعت فيه وهي خمسة :

الأول : أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج ، فإن أحرم بها في غير أشهره لم يكن متمتعا ، سواء وقعت أفعالها في أشهر الحج أو في غير أشهره : نص عليه أحمد . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله سئل عمن أهل بعمرة في غير أشهر الحج ثم قدم في شوال ، أيحل من عمرته في شوال أو يكون متمتعا ؟ فقال : لا يكون متمتعا واحتج بحديث جابر وذكر اسناده عن أبي الزبير : أنه سمع جابر بن عبد الله « يسأل عن امرأة تجعل على نفسها عمرة في شهر مسمى ثم تحل الا ليلة واحدة ثم تحيض ؟ قال لتخرج ثم لتهل بعمرة ثم لتنتظر حتى تطهر ثم لتطف بالبيت » قال أبو عبد الله : فجعل عمرتها في الشهر الذي أهلت فيه لا في الشهر الذي حلت فيه ، ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من اعتمر في غير أشهر الحج عمرة وحل منها قبل أشهر الحج : أنه لا يكون متمتعا ، الا قولين شاذين

أحدهما عن طاوس أنه قال : اذا اعتمرت في غير أشهر الحج ثم أقمت حتى الحج فأنت متمتع .

والثانى عن الحسن أنه قال : من اعتمر بعد النحر فهى متعة ، قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال بواحد من هذين القولين . فأما إن أحرم بالعمرة فى غير أشهر الحج ثم حل منها فى أشهر الحج ، فمذهب أحمد أنه لا يكون متمتعاً . ونقل معنى ذلك عن جابر وأبى عياض . وهو قول إسحاق وأحد قولى الشافعى .

وقال طاوس : عمرته فى الشهر الذى يدخل فيه الحرم . وقال الحسن والحكم وابن شبرمة والثورى والشافعى فى أحد قوليه : عمرته فى الشهر الذى يطوف فيه وقال عطاء : عمرته فى الشهر الذى يحل فيه . وهو قول مالك . وقال أبو حنيفة : إن طاف للعمرة أربعة أشواط فى غير أشهر الحج فليس بمتمتع ، وان طاف الأربعة فى أشهر الحج فهو متمتع ، لأن العمرة صحت فى أشهر الحج : بدليل أنه لو وطىء أفسدها . أشبه ما إذا أحرم بها فى أشهر الحج

ولنا : ماذكرنا عن جابر . ولأنه أتى بنسك لاتتم العمرة الا به فى غير أشهر الحج فلم يكن متمتعاً كما لو طاف ويخرج عليه ماقاسوا عليه .

الثانى : أن يحج من عامه . فإن اعتمر فى أشهر الحج ولم يحج ذلك العام بل حج من العام القابل فليس بمتمتع . لانعلم فيه خلافا الا قولا شاذاً عن الحسن فيمن اعتمر فى أشهر الحج . فهو متمتع حج أولم يحج : والجمهور على خلاف هذا لأن الله تعالى قال (٢ : ١٩٦ فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ; وهذا يقتضى الموالاة بينهما ، ولأنهم اذ أجمعوا على أن من اعتمر فى غير أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فليس بمتمتع . فهذا أولى فإن التباعد بينهما أكثر .

الثالث أن لا يسافر بين العمرة والحج سفراً بعيداً تقصر فى مثله الصلاة ، نص عليه ، وروى ذلك عن عطاء والمغيرة المدينى واسحاق . وقال الشافعى : ان رجع الى الميقات فلا دم عليه ، وقال أصحاب الرأى : ان رجع الى مصره بطلت متعته والا فلا .

وقال مالك : ان رجع الى مصره أو الى غيره أبعد من مصره بطلت متعته والا فلا ، وقال الحسن . هومتمتع وان رجع الى بلده ، واختاره ابن المنذر لعموم قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى)

ولنا ماروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال « اذا اعتمر فى أشهر الحج ثم أقام

فهو متمتع ، فإن خرج ورجع فليس بمتمتع ، وعن ابن عمر نحو ذلك ، ولأنه اذا رجع الى الميقات أو ما دونه لزمه الاحرام منه ، فإن كان بعيداً فقد أنشأ سفراً بعيداً لحجه فلم يترفه بأحد السفرين فلم يلزمه دم كموضع الوفاق ، والآية تناولت المتمتع وهذا ليس بمتمتع بدليل قول عمر

الرابع : أن يحل من احرام العمرة قبل احرامه بالحج ، فإن أدخل الحج على العمرة قبل حله منها ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم والذين كان معهم الهدى من أصحابه ، فهذا يصير قارناً ولا يلزمه دم المتعة

قالت عائشة « خرجنا مع رسول الله (ص) عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ، فقدمت مكة وأنا حائض ، لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة : فشكوت ذلك الى رسول الله (ص) فقال : انقضى رأسك وامتشطى وأهلى بالحج ودعى العمرة ، قالت ففعلت ، فلما قضينا الحج أرسلنى رسول الله (ص) مع عبد الرحمن ابن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت معه ، فقال هـــذه مكان عمرتك ، قال عروة : فقضى الله حجها وعمرتها ، ولم يكن فى شيء من ذلك هدى ولا صوم ولا صدقة متفق عليه ؛ ولكن عليه دم للقران لأنه صار قارنا وترفه بسقوط أحد السفرين ، وقول عروة « لم يكن فى ذلك هدى » يحتمل أنه أراد لم يكن فيه هدى للمتعة ، اذ قد ثبت « أن رسول الله (ص) ذبح عن نسائه بقرة بينهن

الخامس : أن لا يكون من حاضرى المسجد الحرام ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن دم المتعه لا يجب على حاضرى المسجد الحرام ، اذ قد نص الله تعالى فى كتابه بقوله سبحانه (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) ولأن حاضر المسجد الحرام ميقاته مكة ، فلم يحصل له الترفه بأحد السفرين [1] ولأنه أحرم بالحج من ميقاته فأشبه المفرد

(فصـــل)

و (حاضرى المسجد الحرام) أهل الحرم ومن بينه وبين مكة دون مسافة القصر — نص عليه أحمد — وروى ذلك عن عطاء ، وبه قال الشافعي ، وقال

---

(١) كذا ، والوجه أن يقال بترك أحد السفرين

مالك أهل مكة ، وقال مجاهد أهل الحرم ، وروى ذلك عن طاوس ، وقال مكحول وأصحاب الرأى من دون الميقات ، لأنه موضع شرع فيه النسك فأشبه الحرم .

ولنا أن حاضر الشيء من دنا منه ، ومن دون مسـافة القصر قريب فى حكم الحاضر بدليل أنه اذا قصده لا يترخص رخص السفر فيكون من حاضريه ، وتحديده بالميقات لا يصح ، لأنه قد يكون بعيداً يثبت له حكم السفر البعيد إذا قصده ، ولأن ذلك يفضى الى جعل البعيد من حاضريه والقريب من غير حاضريه فى المواقيت قريبا وبعيداً ، واعتبارنا أولى لأن الشارع حد الحاضر بدون مسافة القصر بنفى أحكام المسافرين عنه ، فالاعتبار به أولى من الاعتبار بالنسك لوجود لفظ الحضور فى الآية

(فصل) إذا كان للمتمتع قريتان ، قريبة وبعيدة ، فهو من حاضرى المسجد الحرام ، لأنه إذا كان بعض أهله قريبا فلم يوجد فيه الشرط ، وهو أن لا يكون من حاضرى المسجد الحرام ، ولأن له أن يحرم من القرية ، فلم يكن بالتمتع مترفها بترك أحد السفرين ، وقال القاضى . له حكم القرية التى يقيم بها أكثر ، فإن استويا فمن التى ماله بها أكثر ، فإن استويا فمن التى ينوى الاقامة بها أكثر ، فإن استويا حكم للقرية التى أحرم منها ، وقد ذكرنا الدليل لما قلناه

فصـــل

فإن دخل الآفاقى مكة متمتعا ناوياً للإقامة بها بعد تمتعه فعليه دم المتعة . قال ابن المنذر ، أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، ولو كان الرجل منشؤه ومولده بمكة فخرج عنها منتقلا مقيما بغيرها ثم عاد اليها متمتعا ناويا الإقامة بها أو غير ناو لذلك فعليه دم المتعة ، لأنه خرج بالانتقال عنها عن أن يكون من أهلها ، وبذلك قال مالك والشافعى وإسحاق ، وذلك لأن حضور المسجد انما يحصل بنية الاقامة وفعلها ، وهذا انما نوى الاقامة اذا فرغ من أفعال الحج لأنه اذا فرغ من عمرته فهو ناو للخروج الى الحج ، فكأنه انما نوى أن يقيم بعد أن يجب عليه الدم ، فأما ان خرج المكى مسافراً غير منتقل ، ثم عاد فاعتمر من الميقات أو قصر وحج من عامه فلا دم عليه ، لأنه لم يخرج بهذا السفر عن كون أهله من حاضرى المسجد الحرام .

فصل

وهذا الشرط لوجوب الدم عليه ، وليس بشرط لكونه متمتعا ، فإن متعة المكى صحيحة لأن التمتع أحد الأنساك الثلاثة ، فصح من المكى كالنسكين الآخرين ، ولأن حقيقة التمتع . هو أن يعتمر فى أشهر الحج ثم يحج من عامه : وهـذا موجود فى المكى ، وقد نقل عن أحمد : ليس على أهل مكة متعة ومعناه ليس عليهم دم المتعة لان المتعة له لا عليه : فيتعين حمله على ما ذكرناه .

(فصل) اذا ترك الآفاقى الاحرام من الميقات ، أو أحرم من دونه بعمرة : ثم حل منها وأحرم بالحج من مكة من عامه ، فهو متمتع ، عليه دمان ، دم المتعة ودم لإحرامه من دون ميقاته .

قال ابن المنذر وابن عبد البر : أجمع العلماء على أن من أحرم فى أشهر الحج بعمرة وحل منها ، ولم يكن من حاضرى المسجد الحرام ، ثم أقام بمكة حلالا ، ثم حج من عامه . أنه متمتع عليه دم ، وقال القـاضى : إذا تجاوز الميقات حتى صار بينه وبين مكة أقل من مسافة القصر ، فأحرم منه ، فلا دم عليه للمتعه ، لأنه من حاضرى المسجد الحرام ، وليس هذا بجيد ، فإن حضور المسجد الحرام إنما يحصل بالاقامة به : وهذا لم يحصل منه الاقامة ولا نيتها ولأن الله تعالى قال (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) وهذا يقتضى أن يكون المانع من الدم السكنى به ، وهذا ليس بساكن .

وإن أحرم الآفاقى بعمرة فى غير أشهر الحج ثم أقام بمكة فاعتمر من التنعيم فى أشهر الحج ، وحج من عامه فهو متمتع عليه دم ، نص عليه أحمد ، وفى تنصيصه على هذه الصورة تنبيه على ايجاب الدم فى الصورة الاولى بطريق الأولى ، وذكر القاضى : أن من شرط وجوب الدم : أن ينوى فى ابتداء العمرة أو فى أثنائها أنه متمتع ، وظاهر النص : يدل على أن هذا غير مشترط ، فإنه لم يذكره ، وكذلك الاجماع الذى ذكرناه مخالف لهذا القول ، ولانه قد حصل له الترفه بسقوط أحد السفرين ، فلزمه الدم كمن لم ينو .

الفصل الثالث فى وقت وجوب الهـدى ووقت ذبحه ، أما وقت وجوبه ، فعن أحمد : أنه يجب إذا أحرم بالحج ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، لأن الله تعالى

قال (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى وهذا قد فعل ذلك ، ولأن ما جعل غاية فوجود أوله كاف كقوله تعالى (٢ ، ١٨٧ ثم أتموا الصيام الى الليل) ولأنه متمتع أحرم بالحج من دون الميقات ، فلزمه الدم كما لو وقف أو تحلل ، وعنه : أنه يجب اذا وقف بعرفة ، وهو قول مالك واختيار القاضي . لان التمتع بالعمرة فى الحج إنما يحصل بعد وجود الحج منه ، ولا يحصل ذلك الا بالوقوف فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحج عرفة » ولانه قبل ذلك بعرض الفوات ، فلا يحصل التمتع ، ولأنه لو أحرم بالحج ثم أحصر أو فاته الحج لم يلزمه دم المتعة ، ولا كان متمتعاً ، ولو وجب الدم لما سقط .

وقال عطاء : يجب إذا رمى الجمرة : ونحوه قول أبي الخطاب قال : يجب اذا طلع الفجر يوم النحر ، لانه وقت ذبحه ، فكان وقت وجوبه ، فأما وقت اخراجه فيوم النحر : وبه قال مالك وأبو حنيفة ، لأن ما قبل يوم النحر لا يجوز فيه ذبح الأضحية ، فلا يجوز فيه ذبح هدى المتمتع كمثل التحلل من العمرة .

وقال أبو طالب : سمعت أحمد قال فى الرجل يدخل مكة فى شوال ومعه هدى قال : ينحر بمكة ، وان قدم قبل العشر نحره ، لا يضيع أو يموت أو يسرق : وكذلك قال عطاء ، وان قدم فى العشر لم ينحره حتى ينحره بمنى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قدموا فى العشر فلم ينحروا حتى نحروا بمنى ، ومن جاء قبل ذلك نحره عن عمرته وأقام على احرامه ، وكان قارنا .

وقال الشافعى : يجوز نحره بعد الاحرام بالحج قولا واحداً ، وفيما قبل ذلك بعد حله من العمرة احتمالان ووجه جوازه : أنه دم يتعلق بالإحرام ؛ وينوب عنه الصيام ، فجاز قبل يوم النحر كدم الطيب واللباس ، ولأنه يجوز إبداله قبل يوم النحر ، فجاز أداؤه قبله كسائر الفديات .

« مسألة » قال (فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، يكون آخرها يوم عرفة ، وسبعة إذا رجع)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن المتمتع إذا لم يجد الهدى ينتقل الى صيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع تلك عشرة كاملة ، وتعتبر القدرة فى موضعه ،

فتى عدمه فى موضعه جاز له الانتقال الى الصيام ، وان كان قادراً عليه فى بلده ، لأن وجوبه موقت : وما كان وجوبه موقتا اعتبرت القدرة عليه فى موضعه ، كالماء فى الطهارة إذا عدمه فى مكانه انتقل الى التراب

فصـــل) ولكل واحد من صوم الثلاثة والسبعة وقتان : وقت جواز ، ووقت استحباب ، فأما وقت الثلاثة فوقت الاختيار لها : أن يصومها ما بين إحرامه بالحج ويوم عرفة ، ويكون آخر الثلاثة يوم عرفة ، قال طاوس : يصوم ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة ، وروى ذلك عن عطاء والشعبي ومجاهد والحسن والنخعي وسعيد بن جبير وعلقمة وعمرو بن دينار وأصحاب الرأى

وروى ابن عمر وعائشة « أنه يصومهن ما بين إهلاله بالحج ويوم عرفة » وظاهر هذا : أن يجعل آخرها يوم التروية . وهو قول الشافعى ، لأن صوم يوم عرفة بعرفة غير مستحب ، وكذلك ذكر القاضى فى المحرر . والمنصوص عن أحمد الذى وقفنا عليه : مثل قول الخرقى أنه يكون آخرها يوم عرفة ، وهو قول من سمينا من العلماء ، وانما أحببنا له صوم يوم عرفة ههنا لموضع الحاجة ، وهذا القول يستحب له تقديم الاحرام بالحج قبل يوم التروية ليصومها فى الحج ، وان صام منها شيئاً قبل إحرامه بالحج جاز ، نص عليه .

وأما وقت جواز صومها : فإذا أحرم بالعمرة ، وهذا قول أبى حنيفة ، وعن أحمد : أنه إذا حل من العمرة ، وقال مالك والشافعى : لا يجوز الا بعد إحرام الحج ، ويروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول إسحاق وابن المنذر ، لقول الله تعالى (٢ : ١٩٦ فصيام ثلاثة أيام فى الحج) ولأنه صيام واجب ، فلم يجز تقديمه على وقت وجوبه كسائر الصيام الواجب ، ولأن ما قبله وقت لا يجوز فيه المبدل ، فلم يجز البدل ، كقبل الاحرام بالعمرة ، وقال الثورى والأوزاعى : يصومهن من أول العشر الى يوم عرفه .

ولنا أن إحرام العمرة أحد إحرامى التمتع ، فجاز الصوم بعده كاحرام الحج فأما قوله (فصيام ثلاثة أيام فى الحج) فقيل : معناه فى أشهر الحج ، فإنه لا بد من إضمار ، إذ كان الحج أفعالا لا يصام فيها ، إنما يصام فى وقتها أو فى أشهرها ، فهو فى قوله تعالى (٢ : ١٩٧ الحج أشهر) .

وأما تقديمه على وقت الوجوب : فيجوز إذا وجد السبب كتقديمه الكفارة على الحنث وزهوق النفس ، وأما كونه بدلا فلا يقدم على المبدل ، فقد ذكرنا رواية فى جواز تقديم الهدى على احرام الحج ، فكذلك الصوم ، وأما تقديم الصوم على إحرام العمرة فغير جائز ، ولا نعلم قائلا بجوازه ، الا رواية حكاها بعض أصحابنا عن أحمد ، وليس بشيء ، لأنه لا يقدم الصوم على سببه ووجوبه ، ويخالف قول أهل العلم ، وأحمد ينزه عن هذا

وأما السبعة فلها أيضاً وقتان : وقت اختيار ، ووقت جواز ، فأما وقت الاختيار . فإذا رجع الى أهله ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « فمن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجع الى أهله » متفق عليه وأما وقت الجواز : فمنذ تمضى أيام التشريق .

قال الأثرم : سئل أحمد ، هل يصوم فى الطريق أو بمكة ؟ قال : كيف شاء ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وعن عطاء ومجاهد يصومها فى الطريق ، وهو قول اسحاق ، وقال ابن المنذر : يصومها اذا رجع الى أهله للخبر ، ويروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول الشافعى ، وقيل عنه : كقولنا ، وكقول اسحاق .

ولنا أن كل صوم لزمه وجاز فى وطنه جاز قبل ذلك كسائر الفروض ، وأما الآية فإن الله تعالى جوز له تأخير الصيام الواجب فلا يمنع ذلك الاجزاء قبله ، كتأخير صوم رمضان فى السفر والمرض بقوله سبحانه (فعدة من أيام أخر) ولأن الصوم وجد من أهله بعد وجود سببه ، فأجزأه كصوم المسافر والمريض .

(فصل) ولا يجب التتابع ، وذلك لا يقتضى جمعا ولا تفريقا ، وهذا قول الثوري واسحاق وغيرهما ، ولا نعلم فيه مخالفا .

« مسألة » قال (فإن لم يصم قبل يوم النحر صام أيام منى فى احدى الروايتين عن أبي عبد الله ، والرواية الأخرى : لا يصوم أيام منى ، ويصوم بعد ذلك عشرة أيام ، وعليه دم)

وجملة ذلك . أن المتمتع اذا لم يصم الثلاثة أيام فى الحج ، فإنه يصومها بعد ذلك ، وبهذا قال علي وابن عمر وعائشة وعروة بن الزبير وعبيد بن عمير والحسن

وعطاء والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، ويروى عن ابن عباس وسعيد ابن جبير وطاوس ومجاهد : اذا فاته الصوم فى العشر وبعده استقر الهدى فى ذمته لأن الله تعالى قال (فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم) ولأنه بدل موقت فيسقط بخروج وقته كالجمعة .

ولنا أنه صوم واجب فلا يسقط بخروج وقته كصوم رمضان ، والآية تدل على وجوبه لا على سقوطه ، والقياس منتقض بصوم الظهار اذا قدم المسيس عليه والجمعة ليست بدلا ، وانما هى الأصل ، وانما سقطت لأن الوقت جعل شرطا لها كالجماعة .

اذا ثبت هذا فإنه يصوم أيام منى ، وهذا قول ابن عمر وعائشة وعروة وعبيد ابن عمير والزهرى ومالك والأوزاعى واسحاق والشافعى فى القديم ، لما روى ابن عمر وعائشة قالا « لم يرخص فى أيام التشريق أن يصمن الا لمن لم يجد الهدى » رواه البخارى ، وهذا ينصرف الى ترخيص النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن الله تعالى أمر بصيام الثلاثة فى الحج ، ولم يبق من أيام الحج الا هذه الأيام ، فيتعين الصوم فيها : فإذا صام هذه الايام فحكمه حكم من صام قبل يوم النحر .

وعن أحمد رواية أخرى . لا يصوم أيام منى ، روى ذلك عن على والحسن وعطاء ، وهو قول ابن المنذر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن صوم ستة أيام — ذكر منها أيام التشريق — وقال عليه السلام . انها أيام أكل وشرب » ولانها لا يجوز فيها صوم النفل ، فلا يصومها عن الهدى كيوم النحر ، فعلى هذه الرواية . يصوم بعد ذلك عشرة أيام ، وكذلك الحكم اذا قلنا : يصوم أيام منى فلم يصمها ، واختلفت الرواية عن أحمد فى وجوب الدم عليه . فعنه عليه دم ، لأنه أخر الواجب من مناسك الحج عن وقته ؛ فلزمه دم كرمى الجمار ولا فرق بين المؤخر لعذر أو لغيره ، لما ذكرنا .

وقال القاضى : ان أخره لعذر ليس عليه الا قضاؤه ، لان الدم الذى هو المبدل لو أخره لعذر لا دم عليه لتأخيره ، فالبدل أولى ، وروى عن أحمد : لا يلزمه مع الصوم دم بحال ، وهذا اختيار أبى الخطاب ومذهب الشافعى ، لانه صوم واجب يجب القضاء بفواته ، كصوم رمضان ، فأما الهدى الواجب اذا أخره لعذر ،

مثل أن ضاعت نفقته ، فليس عليه إلا قضاؤه كسائر الهدايا الواجبة ، وإن أخره لغير عذر ففيه روايتان .

إحداهما : ليس عليه إلا قضاؤه ، كسائر الهدايا .

والأخرى : عليه هدى آخر . لأنه نسك مؤقت . فلزم الدم بتأخيره عن وقته ، كرمى الجمار ، قال أحمد : من تمتع فلم يهد إلى قابل يهدى هديين ، كذا قال ابن عباس .

(فصل) وإذا صام عشرة الأيام لم يلزمه التفريق بين الثلاثة والسبعة ، وقال أصحاب الشافعي : عليه التفريق. لأنه وجب من حيث الفعل ، وما وجب التفريق فيه من حيث الفعل لم يسقط بفوات وقته ، كأفعال الصلاة من الركوع والسجود .

ولنا أنه صوم واجب فى زمن يصح الصوم فيه ، فلم يجب تفريقه ، كسائر الصوم ، ولا نسلم وجوب التفريق فى الأداء ، فإنه إذا صام أيام منى وأتبعها السبعة فما حصل التفريق ، وإن سلمنا وجوب التفريق فى الأداء فإن كان من حيث الوقت فإذا فات الوقت سقط كالتفريق بين الصلاتين .

(فصل) ووقت وجوب الصوم : وقت وجوب الهدى لأنه بدل ، فكان وقت وجوبه وقت وجوب المبدل كسائر الابدال .

فإن قيل : فكيف جوزتم الانتقال إلى الصوم قبل زمان وجوب المبدل ولم يتحقق العجز عن المبدل لأنه إنما يتحقق المجوز للانتقال إلى البدل زمن الوجوب وكيف جوزتم الصوم قبل وجوبه ؟

قلنا إنا جوزنا له الانتقال الى البدل بناء على العجز الظاهر ، فإن الظاهر من المعسر استمرار اعساره وعجزه كما جوزنا التكفير بالبدل قبل وجوب المبدل ، وأما تجويز الصوم قبل وجوبه فقد ذكرناه .

« مسألة » قال (ومن دخل فى الصيام ثم قدر على الهدى ، لم يكن عليه الخروج من الصوم الى الهدى ، الا أن يشاء)

وبهذا قال الحسن وقتادة ومالك والشافعي ، وقال ابن أبي نجيح وحماد والثوري : ان أيسر قبل أن تكمل الثلاثة فعليه الهدى ، وان أكمل الثلاثة صام السبعة ،

وقيل : متى قدر على الهدى قبل يوم النحر انتقل اليه ، صام أو لم يصم ، وان وجده بعد أن مضت أيام النحر أجزأه الصيام ، قدر على الهدى أو لم يقدر ، لأنه قدر على المبدل فى زمن وجوبه فلم يجزئه البدل كما لو لم يصم .

ولنا أنه صوم دخل فيه لعدم الهدى لم يلزمه الخروج اليه كصوم السبعة ، وعلى هذا يخرج الأصل الذى قاسوا عليه ، وأنه ما شرع فى الصيام .

(فصل) وان وجب عليه الصوم فلم يشرع حتى قدر على الهدى ، ففيه روايتان احداهما : لا يلزمه الانتقال اليه ، قال فى رواية المروزى : اذا لم يصم فى الحج فليصم اذا رجع ، ولا يرجع الى الدم ، وقد انتقل فرضه الى الصيام ، وذلك لأن الصيام استقر فى ذمته لوجوبه حال وجود السبب المتصل بشرطه ، وهو عدم الهدى .

والثانية . يلزمه الانتقال اليه ، قال يعقوب . سألت أحمد عن المتمتع اذا لم يصم قبل يوم النحر ؟ قال ، عليه هديان يبعث بهما الى مكة ، أوجب عليه الهدى الأصلى وهديا لتأخيره الصوم عن وقته ، ولأنه قدر على المبدل قبل شروعه فى البدل فلزمه الانتقال اليه كالمتيمم اذا وجد الماء .

(فصل) ومن لزمه صوم المتعة فمات قبل أن يأتى به لعذر منعه عن الصوم فلا شىء عليه ، وان كان لغير عذر أطعم عنه كما يطعم عن صوم أيام رمضان ، ولأنه صوم وجب بأصل الشرع ، أشبه صوم رمضان .

« مسألة » قال (والمرأة اذا دخلت متمتعة فحاضت ، فخشيت فوات الحج أهلت بالحج ، وكانت قارنة ، ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم)

وجملة ذلك أن المتمتعة اذا حاضت قبل الطواف للعمرة لم يكن لها أن تطوف بالبيت لان الطواف بالبيت صلاة ، ولانها ممنوعة من دخول المسجد ، ولا يمكنها أن تحل من عمرتها ما لم تطف بالبيت فإن خشيت فوات الحج أحرمت بالحج مع عمرتها وتصير قارنة ، وهذا قول مالك والاوزاعى والشافعى وكثير من أهل العلم ، وقال أبو حنيفة . ترفض العمرة وتهل بالحج ، قال أحمد . قال أبو حنيفة . قد رفضت العمرة فصار حجا ، وما قال هذا أحد غير أبى حنيفة ، واحتج بما روى

عروة عن عائشة قالت « أهللنا بعمرة ، فقدمت مكة وأنا حائض لم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة . فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انقضى رأسك وامتشطى وأهلى بالحج ودعى العمرة ، قالت . ففعلت . فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت معه ، فقال . هذه عمرة مكان عمرتك » متفق عليه ، وهذا يدل على أنها رفضت عمرتها وأحرمت بحج من وجوه ثلاثة . أحدها قوله « دعى عمرتك » والثاني ، قوله « وامتشطى » والثالث ، قوله « هذه عمرة مكان عمرتك »

ولنا ما روى جابر قال « أقبلت عائشة بعمرة حتى اذا كانت بسرف عركت ، ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة فوجدها تبكى فقال ما شأنك ؟ قالت ، شأنى أنى قد حضت ، وقد حل الناس ولم أحل ولم أطف بالبيت : والناس يذهبون الى الحج الآن ، فقال ، ان هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاغتسلى ثم أهلى بالحج ففعلت ووقفت المواقف حتى اذا طهرت طافت بالكعبة وبالصفا والمروة ، ثم قال ، قد حللت من حجك وعمرتك : قالت ، يا رسول الله ، انى أجد فى نفسى أنى لم أطف بالبيت حتى حججت ، قال ، فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التنعيم » وروى طاوس عن عائشة أنها قالت « أهللت بعمرة فقدمت ولم أطف حتى حضت ونسكت المناسك كلها ، وقد أهللت بالحج ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم يوم النفر ، يسعك طوافك لحجك وعمرتك ، فأبت . فبعث معها عبد الرحمن بن أبي بكر فأعمرها من التنعيم » رواهما مسلم ، وهما يدلان على ما ذكرنا جميعه ، ولأن ادخال الحج على العمرة جائز بالاجماع من غير خشية الفوات ، فمع خشية الفوات أولى ، قال ابن المنذر ، أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، أن لمن أهل بعمرة أن يدخل عليها الحج ، ما لم يفتتح الطواف بالبيت . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى فى حجة الوداع أن يهل بالحج مع العمرة ومع امكان الحج مع بقاء العمرة : ولا يجوز رفضها : لقول الله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) ولأنها متمكنة من اتمام عمرتها بلا ضرر فلم يجز رفضها كغير الحائض . فأما حديث عروة فإن قوله (انقضى رأسك وامتشطى ودعى العمرة » انفرد به عروة خالف به سائر من روى عن عائشة حين حاضت

وقد روى عن طاوس والقاسم والأسود وعمرة وعائشة ، ولم يذكروا ذلك ، وحديث جابر وطاوس مخالفان لهذه الزيادة ، وقد روى حماد بن زيد عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة حديث حيضها ، فقال فيه : حدثنى غير واحد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها « دعى العمرة وانقضى رأسك وامتشطى » وذكر تمام الحديث ، وهذا يدل على أن عروة لم يسمع هذه الزيادة من عائشة ، وهو مع ما ذكرنا من مخالفته بقية الرواة يدل على الوهم ، مع مخالفتها الكتاب والاصول ، إذ ليس لنا موضع آخر يجوز فيه رفض العمرة مع إمكان إتمامها ، ويحتمل أن قوله « دعى العمرة » أى دعيها بحالها وأهلى بالحج معها ، أو دعى أفعال العمرة فإنها تدخل فى أفعال الحج ، وأما إعمارها من التنعيم فلم يأمرها به النبى صلى الله عليه وسلم ، وإنما قالت له صلى الله عليه وسلم « إنى أجد فى نفسى أنى لم أطف بالبيت حتى حججت ، قال : فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التنعيم »

وروى الاثرم بإسناده عن الاسود عن عائشة قالت « اعتمرت بعد الحج ، قالت : والله ما كانت عمرة . ما كانت إلا زيارة زرت البيت » انما هى مثل نفقتها ، قال أحمد : انما أعمر النبى صلى الله عليه وسلم عائشة حين ألحت عليه ، فقالت « يرجع الناس بنسكين وأرجع بنسك فقال : يا عبد الرحمن أعمرها ، فنظر الى أدنى الحرم فأعمرها منه » .

وقول الخرقى « ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم » وذلك لان طواف القدوم سنة لا يجب قضاؤها ، ولم يأمر النبى صلى الله عليه وسلم عائشة بقضائه ولا فعلته هى :

(فصل) وكل متمتع خشى فوات الحج فإنه يحرم بالحج ، ويصير قارنا ، وكذلك المتمتع الذى معه هدى فإنه لا يحل من عمرته ، بل يهل بالحج معها فيصير قارنا ، ولو أدخل الحج على العمرة قبل الطواف من غير خوف الفوات جاز ، وكان قارنا بغير خلاف ، وقد فعل ذلك ابن عمر ، ورواه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فأما بعد الطواف فليس له ذلك ولا يصير قارنا ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وروى عن عطاء وقال مالك : يصير قارنا ، وحكى ذلك عن أبى حنيفة

لأنه أدخل الحج على احرام العمرة ، فصح كما قبل الطواف .
ولنا أنه شارع فى التحلل من العمرة فلم يجز ادخال الحج عليها ، كما لو سعى بين الصفا والمروة .
(فصل) فأما إدخال العمرة على الحج فغير جائز ؛ فإن فعل لم يصح ولم يصر قارنا ، روى ذلك عن على وبه قال مالك واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : يصح ويصير قارنا لأنه أحد النسكين فجاز ادخاله على الآخر : قياساً على ادخال الحج على العمرة .
ولنا ما روى الاثرم بإسناده عن عبد الرحمن بن نصر عن أبيه قال « خرجت أريد الحج فقدمت المدينة ، فإذا على قد خرج حاجا فأهللت بالحج ثم خرجت فأدركت علياً فى الطريق ، وهو يهل بعمرة وحجة فقلت : يا أبا الحسن ؛ انما خرجت من الكوفة لأقتدى بك ، وقد سبقتنى فأهللت بالحج ، أفأستطيع أن أدخل معك فيما أنت فيه ؟ فقال : لا . انما ذلك لو كنت أهللت بعمرة » ولان ادخال العمرة على الحج لا يفيده الا ما أفاده العقد الاول فلم يصح كما لو استأجره على عمل ثم استأجره عليه ثانياً فى المدة وعكسه : ادخال الحج على العمرة .

« مسألة » قال ﴿ ومن وطىء قبل رمى جمرة العقبة فقد فسد حجهما ، وعليه بدنة ان كان استكرهها ، ولا دم عليها ﴾

وفى هذه المسألة ثلاثة فصول (الفصل الاول) أن الوطء قبل جمرة العقبة يفسد الحج ، ولا فرق بين ما قبل الوقوف وبعده ، وبهذا قال مالك والشافعى وقال أصحاب الرأى : ان وطىء بعد الوقوف لم يفسد حجه لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من أدرك عرفة فقد تم حجه » ولأنه أمن الفوات فأمن الفساد . كما بعد التحلل الاول .
ولنا أن رجلا سأل ابن عباس وعبد الله بن عمرو فقال : وقعت بأهلى ونحن محرمان . فقالا له ، أفسدت حجك ، ولم يستفصلوا السائل رواه الاثرم ، ولأنه وطء صادف احراماً تاماً فأفسده كقبل الوقوف ، ويخالف ما بعد التحلل الاول فان الاحرام غير تام . والمراد من الخبر الامن من الفوات ولا يلزم من أمن

الفوات أمن الفساد ، وبدليل العمرة يأمن فواتها ولا يأمن فسادها ، قال أحمد : لا أعلم أحدا قال : إن حجه تام غير أبي حنيفة يقول « الحج عرفات ، فمن وقف بها فقد تم حجه » وإنما هذا مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة » أي أدرك فضل الصلاة ولم تفته ، كذلك الحج .

إذا ثبت هذا فإنه يفسد حجهما جميعاً لأن الجماع وجد منهما ، وسواء في ذلك الناسي والعامد والمستكرهة والمطاوعة والمستيقظة ، عالما كان الرجل أو جاهلا ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يفسد حج الناسي لأنه معذور .

ولنا أنه معنى يوجب القضاء فاستوت فيه الأحوال كلها كالفوات ، ولا فرق بين ما بعد يوم النحر أو قبله ، لأنه وطيء قبل التحلل الأول ففسد حجه ، كما لو وطيء يوم النحر .

(الفصل الثاني) أنه يلزمه بدنة ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إن وطيء قبل الوقوف فسد حجه وعليه شاة وإن وطيء بعده لم يفسد حجه وعليه بدنة لان الوطء قبل الوقوف معنى يتعلق به وجوب القضاء فلم يوجب بدنة كالفوات

ولنا أنه قد روي عن عمر وابن عباس مثل قولنا ، ولأنه وطء صادف إحراما تاما فأوجب البدنة كما بعد الوقوف ، ولأن ما يفسد الحج الجناية به أعظم ، فكفارته يجب أن تكون أغلظ ، وأما الفوات فإنهم يوجبون به بدنة ، فكيف يصح القياس عليه ؟

(الفصل الثالث) أنه لا دم عليها في حال الإكراه ، وهو قول عطاء ومالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، وقال أصحاب الرأي : عليها دم آخر لأنه قد فسد حجها ؛ فوجبت البدنة كما لو طاوعت .

ولنا أنها كفارة تجب بالجماع . فلم تجب على المرأة في حال الإكراه ، كما لو وطيء في الصوم .

(فصل) ومن وطيء قبل التحلل من العمرة فسدت عمرته وعليه شاة مع القضاء ، وقال الشافعي : عليه القضاء وبدنة لأنها عبادة تشتمل على طواف وسعي فأشبهت الحج .

وقال أبو حنيفة . إن وطىء قبل أن يطوف أربعة أشواط كقولنا ، وان وطىء بعد ذلك فعليه شاة ولا تفسد عمرته

ولنا على الشافعي أنها عبادة لا وقوف فيها فلم يجب فيها بدنة كما لو قرنها بالحج ولأن العمرة دون الحج فيجب أن يكون حكمها دون حكمه ، وبهذا يخرج الحج .

ولنا على أبي حنيفة أن الجماع من محظورات الإحرام فاستوى فيه ماقبل الطواف وبعده كسائر المحظورات ولأنه وطء صادف إحراما تاما فأفسده كما قبل الطواف

﴿ فصـــل ﴾

إذا أفسد القارن والمتمتع نسكهما لم يسقط الدم عنهما ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يسقط ، وعن احمد مثله لأنه لم يحصل له الترفه بسقوط أحد السفرين

ولنا أن ما وجب في النسك الصحيح وجب في الفاسد كالأفعال ، ولأنه دم وجب عليه فلا يسقط بالافساد كالدم الواجب لترك الميقات

(فصل) وإذا أفسد القارن نسكه ثم قضى مفرداً لم يلزمه في القضاء دم . وقال الشافعي . يلزمه لأنه يجب في القضاء ما يجب في الأداء وهذا كان واجبا في الأداء

ولنا أن الافراد أفضل من القران مع الدم ، فإذا أتى بهما فقد أتى بما هو أولى فلا يلزمه شيء ، كمن لزمته الصلاة بتيمم فقضى بالوضوء

« مسألة » قال ﴿ وان وطىء بعد رمي جمرة العقبة فعليه دم ويمضي إلى التنعيم فيحرم ليطوف وهو محرم ﴾

وفي هذه المسألة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الوطء بعد الجمرة لا يفسد الحج ، وهو قول ابن عباس وعكرمة وعطاء والشعبي وربيعة ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال النخعي والزهري وحماد : عليه حج من قابل لأن الوطء صادف إحراماً من الحج فأفسده كالوطء قبل الرمي .

ولنا قول النبي (ص) « من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع وكان قد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه » ولانه قول ابن عباس فإنه قال في رجل أصاب أهله قبل أن يفيض يوم النحر « ينحران جزوراً بينهما ، وليس عليه الحج من قابل » ولا نعرف له مخالفا في الصحابة ، ولان الحج عبادة

لما تحللان ، فوجود المفسد بعد تحللها الاول لا يفسدها كبعد التسليمة الاولى فى الصلاة ، وبهذا فارق ما قبل التحلل الاول

(الفصل الثانى) أن الواجب عليه بالوطء شاة ، هذا ظاهر كلام الخرقى ، ونص عليه أحمد ، وقول عكرمة وربيعة ومالك وإسحاق . وقال القاضى : فيه رواية أخرى : أن عليه بدنة ، وهو قول ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعى وأصحاب الرأى ، لانه وطىء فى الحج فوجبت عليه بدنة ، كما قبل رمى جمرة العقبة

ولنا أنه وطء لم يفسد فلم يوجب ، كالوطء دون الفرج اذا لم ينزل ، ولأن حكم الاحرام خف بالتحلل الاول ، فينبغى أن يكون موجبه دون موجب الاحرام التام .

(الفصل الثالث) أنه يفسد الاحرام بالوطء بعد رمى الجمرة ، ويلزمه أن يحرم من الحل ، وبذلك قال عكرمة وربيعة وإسحاق . وقال ابن عباس وعطاء والشعبي والشافعى حجه صحيح ولا يلزمه الاحرام ؛ لانه إحرام لايفسد جميعه ، فلم يفسد بعضه كما لو وطىء بعد التحلل الثانى

ولنا أنه وطء صادف إحراما ، أفسده كالاحرام التام ، واذا فسد إحرامه فعليه أن يحرم ليأتى بالطواف فى إحرام صحيح ، لأن الطواف ركن ، فيجب أن يأتى به فى إحرام صحيح كالوقوف ، ويلزمه الاحرام من الحل ، لان الاحرام ينبغى أن يجمع فيه بين الحل والحرم ، فلو أبحنا لهذا الاحرام من الحرم لم يجمع بينهما لان أفعاله كلها تقع فى الحرم فأشبه المعتمر ، واذا أحرم من الحل طاف للزيارة وسعى ان كان لم يسع فى حجه ، وان كان سعى طاف للزيارة وتحلل ، هذا ظاهر كلام الخرقى ، لان الذى بقى عليه بقية أفعال الحج ، وإنما وجب عليه الاحرام ليأتى بها فى إحرام صحيح . والمنصوص عن أحمد ومن وافقه من الأئمة أنه يعتمر ، فيحتمل أنهم أرادوا هذا أيضا وسموه عمرة ، لأن هذا هو أفعال العمرة ، ويحتمل انهم أرادوا عمرة حقيقة فيلزمه سعى وتقصير ، والاول أصح لما ذكرنا ، وقول الخرقى «يحرم من التنعيم» لم يذكره لتعيين الاحرام منه ، بل لانه حل ؛ فمن أحل وأحرم جاز كالمعتمر .

(فصل) ولا فرق بين من حلق ومن لم يحلق فى أنه لا يفسد حجه بالوطء بعد

الرمى وعليه دم وإحرام من الحل : هذا ظاهر كلام أحمد والخرقى ومن سميناه من الأئمة لترتيبهم هذا الحكم على الوطء بعد مجرد الرمى من غير اعتبار أمر زائد

(فصل) فإن طاف للزيارة ولم يرم ثم وطىء لم يفسد حجه بحال ، لأن الحج قد تم أركانه كلها ، ولا يلزمه إحرام من الحل ، فإن الرمى ليس بركن ، وهل يلزمه دم ؟ يحتمل أنه لا يلزمه شيء لما ذكرنا ، ويحتمل انه يلزمه لأنه وطىء قبل وجود ما يتم به التحلل ، فأشبه من وطىء بعد الرمى وقبل الطواف

فصـــل

والقارن كالمفرد ، فإنه اذا وطىء بعد الرمى لم يفسد حجه ولا عمرته لأن الحكم للحج ، ألا ترى انه لا يحل من عمرته قبل الطواف ، ويفعل ذلك إذا كان قارنا ، ولأن الترتيب للحج دونها ، والحج لا يفسد قبل الطواف ، كذلك العمرة . وقال أحمد : من وطىء بعد الطواف يوم النحر قبل أن يركع ما عليه شيء .

قال ابو طالب : سألت أحمد عن الرجل يقبل بعد رمى جمرة العقبة قبل أن يزور البيت ؟ قال ليس عليه شيء ، قد قضى المناسك

فعلى هذا ليس عليه فيما دون الوطء فى الفرج شيء

« مسألة » قال ﴿ ومباح لأهل السقاية والرعاة أن يرموا بالليل ﴾

تروى هذه اللفظة « الرعاة » بضم الراء وإثبات الهاء ، مثل الدعاة والقضاة « والرعاء » بكسر الراء والمد من غير هاء ، وهما لغتان صحيحتان . قال الله تعالى (حتى يصدر الرعاء) وفى بعض الحديث « أرخص للرعاة أن يرموا يوما ، ويدعوا يوما » وإنما أبيح لهؤلاء الرمى بالليل لانهم يشتغلون بالنهار برعى المواشى وحفظها وأهل السقاية : هم الذين يسقون من بئر زمزم للحاج ، فيشتغلون بسقايتهم نهاراً فأبيح لهم الرمى فى وقت فراغهم تخفيفاً عليهم . فيجوز لهم رمى كل يوم فى الليلة المستقبلة ، فيرمون جمرة العقبة فى ليلة اليوم الاول من أيام التشريق ، ورمى اليوم الاول فى ليلة الثانى ، ورمى الثانى فى ليلة الثالث ، والثالث إذا أخروه إلى الغروب سقط عنهم كسقوطه عن غيرهم . قال عطاء : لا يرمى بالليل الا رعاء الابل ، فأما

التجار فلا ، وكان مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى يقولون : من نسى الرمى الى الليل رمى ولا شيء عليه ، من الرعاة ومن غيرهم

« مسألة » قال ﴿ ومباح للرعاء أن يؤخروا الرمى فيقضوه فى الوقت الثانى ﴾

وجملة ذلك أنه يجوز للرعاة ترك المبيت بمنى ليالى منى ، ويؤخرون رمى اليوم الأول ويرمون يوم النفر الأول عن الرميين جميعاً ، لما عليهم من المشقة فى المبيت والاقامة للرمى ، وقد روى مالك عن عبدالله بن أبى بكر عن أبيه عن أبى البداح بن عاصم عن أبيه قال « رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعاء الإبل فى البيتوتة أن يرموا يوم النحر ثم يجمعون رمى يومين بعد يوم النحر ، يرمونه فى أحدهما » قال مالك . ظننت أنه فى أول يوم منهما ثم يرمون يوم النفر . رواه ابن ماجه والترمذى . وقال حديث حسن صحيح رواه ابن عيينة قال « رخص للرعاء أن يرموا يوما ويدعوا يوما » وكذلك الحكم فى أهل سقاية الحاج ، وقد روى ابن عمر « أن العباس استأذن النبي صلى الله عليه وسلم ليبيت بمكة ليالى منى من أجل سقايته » متفق عليه الا أن الفرق بين الرعاء وأهل السقاية أن الرعاء اذا قاموا حتى غربت الشمس فقد انقضى وقت الرعى ، وأهل السقاية يشتغلون ليلا ونهاراً ؛ فافترقا ، وصار الرعاء كالمريض الذى يباح له ترك الجمعة لمرضه ، فإذا حضرها تعينت عليه ، والرعاء أبيح لهم ترك المبيت لأجل الرعى ، فإذا فات وقته وجب المبيت

(فصــــل)

وأهل الاعذار من غير الرعاء كالمرضى ومن له مال يخاف ضياعه ونحوهم كالرعاء فى ترك البيتوتة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رخص لهؤلاء تنبيها على غيرهم أو تقول نص عليه لمعنى وجد فى غيرهم فوجب إلحاقه بهم

(فصل) إذا كان الرجل مريضا أو محبوساً أو له عذر جاز أن يستنيب من يرمى عنه . قال الاثرم : قلت لأبى عبد الله إذا رمى عنه الجمار يشهد هو ذاك أو يكون فى رحله ؟ قال يعجبنى أن يشهد ذاك إن قدر حين يرمى عنه . قلت فإن ضعف عن ذلك أيكون فى رحله ويرمى عنه ؟ قال نعم ، قال القاضى : المستحب أن يضع الحصى فى يد النائب ليكون له عمل فى الرمى ؛ وان أغمى على المستنيب

لم تنقطع النيابة ، وللنائب الرمى عنه كما لو استنابه فى الحج ثم أغمى عليه ، وبما ذكرنا فى هذه المسألة قال الشـــافعى . ونحوه قال مالك ، الا أنه قال . يتحرى المريض حين رميهم فيكبر سبع تـكبيرات :

(فصل) ومن ترك الرمى من غير عذر فعليه دم . قال أحمد : أعجب الىّ اذا ترك الايام كلها كان عليه دم ، وفى ترك جمرة واحدة دم أيضا ، نص عليه أحمد . وبهذا قال عطاء والشافعى وأصحاب الرأى . وحكى عن مالك أن عليه فى جمرة أو الجمرات كلها بدنة . قال الحسن : من نسى جمرة واحدة يتصدق على مسكين

ولنا قول ابن عباس « من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم » ولأنه ترك من مناسكه مالا يفسد الحج بتركه ، فكان الواجب عليه شاة كالمبيت ، وإن ترك أقل من جمرة فالظاهر عن أحمد أنه لا شىء عليه فى حصاة ولا فى حصاتين . وعنه أنه يجب الرمى بسبع ، فإن ترك شـيئا من ذلك تصدق بشىء أى شىء كان ، وعنه أن فى كل حصـاة دما ، وهو مذهب مالك والليث ، لأن ابن عباس قال « من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم » وعنه فى الثلاثة دم ، وهو مذهب الشافعى ، وفيما دون ذلك فى كل حصاة مد ، وعنه درهم ؛ وعنه نصف درهم

وقال أبو حنيفة : إن ترك جمرة العقبة أو الجمار كلها فعليه دم ، وان ترك غير ذلك فعليه فى كل حصاة نصف صاع الى أن يبلغ دما ؛ وقد ذكرنا ذلك

وآخر وقت الرمى آخر أيام التشريق ، فمتى خرجت قبل رميه فات وقته واستقر عليه الفداء الواجب فى ترك الرمى . هذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن عطاء فيمن رمى جمرة العقبة ثم خرج الى إبله فى ليلة أربع عشرة ثم رمى قبل طلوع الفجر ، فإن لم يرم هرق دما ، والاول أولى لان محل الرمى النهار ، فيخرج وقت الرمى بخروج النهار ، والله أعلم

باب الفدية وجزاء الصيد

« مسألة » قال ﴿ ومن حلق أربع شعرات فصاعداً ، عامداً أو مخطئاً ، فعليه صيام ثلاثة أيام ، أو إطعام ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين ، أو ذبح شاة : أى ذلك فعل أجزأه ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى ستة فصول :

الأول : أن على المحرم فدية إذا حلق رأسه ، ولا خلاف فى ذلك ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على وجوب الفدية على من حلق وهو محرم بغير علة : والأصل فى ذلك : قول الله تعالى (٢ : ١٩٦ ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب بن عجرة « لعلك أذاك هوامك ؟ قال : نعم يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إحلق رأسك وصم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين ، أو أنسك شاة » متفق عليه ، وفى لفظ « أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين ، نصف صاع تمر » ولا فرق فى ذلك بين إزالة الشعر بالحلق أو النورة أو قصبة أو غير ذلك . لا نعلم فيه خلافا .

الفصل الثانى : أنه لا فرق بين العامد والمخطىء ومن له عذر ومن لا عذر له فى ظاهر المذهب ، وهو قول الشافعى ، ونحوه عن الثورى ، وفيه وجه آخر : لا فديه على الناسى : وهو قول إسحاق وابن المنذر لقوله عليه السلام « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان » .

ولنا أنه إتلاف ، فاستوى عمده وخطأه كقتل الصيد ، ولأن الله تعالى أوجب الفدية على من حلق رأسه لأذى به وهو معذور ، فكان ذلك تنبيها على وجوبها على غير المعذور ، ودليلا على وجوبها على المعذور بنوع آخر ، مثل المحتجم الذى يحلق موضع محاجمه أو شعراً عن شجته ، وفى معنى الناسى النائم : الذى يقلع شعره أو يصوب شعره الى تنور فيحرق لهب النار شعره ونحو ذلك .

الفصل الثالث : أن الفدية هى إحدى الثلاثة المذكورة فى الآية والخبر ، أيها

شاء فعل ، لأنه أمر بها بلفظ التخيير . ولا فرق فى ذلك بين المعذور وغـــيره والعامد والخطىء ، وهو مذهب مالك والشافعى ، وعن أحمد : أنه اذا حلق لغير عذر فعليه الدم ، من غير تخيير ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأن الله تعالى خير بشرط العذر ، فإذا عدم الشرط وجب زوال التخيير .

ولنا أن الحكم ثبت فى غـــير المعذور بطريق التنبيه تبعا له والتبع لا يخالف أصله ، ولان كل كفارة ثبت التخيير فيها إذا كان سببها مباحا ثبت كذلك إذا كان محظوراً كجزاء الصيد ، ولا فرق بين قتله للضرورة الى أكله أو لغير ذلك وإنما الشرط لجواز الحلق لا التخيير .

الفصل الرابع . القدر الذى يجب به الدم : أربع شعرات فصاعداً ؛ وفيه رواية أخرى : يجب فى الثلاث مافى حلق الرأس ، قال القاضى : هو المذهب وهو قول الحسن وعطاء وابن عيينة والشافعى وأبى ثور ، لانه شعر آدمى يقع عليه اسم الجمع المطلق [1] فجاز أن يتعلق به الدم كالربع .

وقال أبو حنيفة . لا يجب الدم بدون ربع الرأس ، لان الربع يقوم مقام الكل ولهذا إذا رأى رجلا يقول . رأيت فلانا ؛ وانما رأى احدى جهاته ، وقال مالك اذا حلق من رأسه ما أماط به الاذى وجب الدم ، ووجه كلام الخرقى أن الاربع كثير ، فوجب به الدم كالربع فصاعداً ، اما الثلاثة فهى آخر القلة ، وآخر الشىء منه ؛ فأشبه الشعرة والشعرتين ، والاستدلال بأن الربع يقع عليه اسم الكل غير صحيح ، فإن ذلك لا يتقيد بالربع ، وانما هو مجاز يتناول الكثير والقليل .

الفصل الخامس : ان شعر الرأس وغيره سواء فى وجوب الفدية ، لان شعر غير الرأس يحصل بحلقه الترفه والتنظف ، فأشبه الرأس ؛ فإن حلق من شعر رأسه وبدنه ففى الجميع فدية واحدة وان كثر ، وان حلق من رأسه شعرتين ومن بدنه شعرتين فعليه دم واحد ، هذا ظاهر كلام الخرقى واختيار أبى الخطاب ، ومذهب

---

(١) فيه أن الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم) ولم يقل شعراً ، ومن أزال من رأسه ٣ شعرات أو ٤ لا يقال إنه حلق رأسه لا لغة ولا عرفا ، فالراجح قول مالك ، لبنائه على علة النهى .

أكثر الفقهاء ، وذكر أبو الخطاب أن فيها روايتين إحداهما) كما ذكرنا (والثانية) إذا قلع من شعر رأسه وبدنه ما يجب الدم بكل واحد منهما منفرداً ففيهما دمان ، وهو الذي ذكره القاضي وابن عقيل ، لأن الرأس يخالف البدن بحصول التحلل به دون البدن .

ولنا أن الشعر كله جنس واحد في البدن ، فلم تتعدد الفدية فيه باختلاف مواضعه كسائر البدن وكاللباس ، ودعوى الاختلاف تبطل باللباس ، فإنه يجب كشف الرأس دون غيره ؛ والجزاء في اللبس فيهما واحد .

الفصل السادس : أن الفدية الواجبة بحلق الشعر : هي المذكورة في حديث كعب بن عجرة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « احلق رأسك وصم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع ، أو انسك شاة » وفي لفظ « أو أطعم فرقا بين ستة مساكين » متفق عليه ، وفي لفظ « أو أطعم ستة مساكين بين كل مسكينين صاع » وفي لفظ « فصم ثلاثة أيام ، وان شئت فتصدق بثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين » رواه كله أبو داود ، وبهذا قال مجاهد والنخعي وأبو مجلز والشافعي ومالك وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وعكرمة ونافع : الصيام عشرة أيام ، والصدقة على عشرة مساكين ، ويروى ذلك عن الثوري وأصحاب الرأي ؛ قالوا : يجزيء من البر نصف صاع لكل مسكين ، ومن التمر والشعير : صاع صاع . واتباع السنة أولى .

(فصـــل)

ويجزيء البر والشعير والزبيب في الفدية ، لأن كل موضع أجزأ فيه التمر أجزأ فيه ذلك كالفطرة وكفارة اليمين ، وقد روى أبو داود في حديث كعب بن عجرة قال « فدعاني رسول الله (ص) فقال لي . احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين فرقا من زبيب ، أو انسك شاة » رواه أبو داود ، ولا يجزيء من هذه الأصناف أقل من ثلاثة آصع إلا البر ففيه روايتان :

احداهما : مد من بر لكل مسكين ، مكان نصف صاع من غيره كما في كفارة اليمين . والثانيه . لا يجزيء الا نصف صاع ، لأن الحكم ثبت فيه بطريق التنبيه أو القياس ، والفرع يماثل أصله ولا يخالفه ، وبهذا قال مالك والشافعي .

(فصـــل)

وإذا حلق ثم حلق فالواجب فدية واحدة مالم يكفر عن الأول قبل فعل الثانى فإن كفر عن الأول ثم حلق ثانيا فعليه للثانى كفارة أيضا ، وكذلك الحكم فيما إذا لبس ثم لبس أو تطيب ثم تطيب أو كرر من محظورات الإحرام اللاتى لا يزيد الواجب فيها بزيادتها ولا يتقدر بقدرها فأما مايتقدر الواجب بقدره، وهو إتلاف الصيد ، ففى كل واحد منها جزاؤه ، وسواء فعله مجتمعا أو متفرقا ولا تداخل فيه ففعل المحظورات متفرقا كفعلها مجتمعة فى الفدية مالم يكفر عن الأول قبل فعل الثانى ، وعن أحمد : أنه ان كرره لأسباب مثل أن لبس للبرد ثم لبس للحر ثم لبس للمرض فكفارات ، وان كان لسبب واحد فكفارة واحدة ، وقد روى عنه الأثرم فيمن لبس قميصاً وجبة وعمامة وغير ذلك لعلة واحدة ، قلت له : فإن اعتل فلبس جبة ، ثم برأ ثم اعتل فلبس جبة ؟ فقال : هذا الآن عليه كفارتان ؛ وعن الشافعى كقولنا ، وعنه لايتداخل ، وقال مالك : تتداخل كفارة الوطء دون غيره ، وقال أبو حنيفة : ان كرره فى مجلس واحد فكفارة واحدة ، وان كان فى مجالس فكفارات ، لأن حكم المجلس الواحد حكم الفعل الواحد بخلاف غيره

ولنا أن ما يتداخل إذا كان بعضه عقيب بعض يجب أن يتداخل ، وان تفرق كالحدود وكفارة الأيمان ، ولأن الله تعالى أوجب فى حلق الرأس فدية واحدة ، ولم يفرق بين ما وقع فى دفعة أو فى دفعات ، والقول بأنه لا يتداخل غير صحيح : فإنه إذا حلق رأسه لا يمكن إلا شيئا بعد شىء .

(فصل) فأما جزاء الصيد فلا يتداخل ، ويجب فى كل صيد جزاؤه ، سواء وقع متفرقا أو فى حال واحدة ، وعن أحمد : أنه يتداخل ، قياسا على سائر المحظورات ، ولايصح ، لان الله تعالى قال (٥ : ٩٦ فجزاء مثل ما قتل من النعم) ومثل الصيدين لا يكون أحدهما ، ولأنه لو قتل صيدين دفعة واحدة وجب جزاؤهما فإذا تفرقا أولى أن يجب ، لأن حالة التفريق لا تنقص عن حالة الاجتماع كسائر المحظورات .

(فصل) إذا حلق المحرم رأس حلال أو قلم أظفاره فلا فدية عليه ، وبذلك قال عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعى وإسحاق وأبو ثور ، وقال سعيد بن

جبير فى محرم قص شارب حلال : يتصدق بدرهم ؛ وقال أبو حنيفة: يلزمه صدقة لأنه أتلف شعر آدمى ، فأشبه شعر المحرم .

ولنا أنه شعر مباح الاتلاف ، فلم يجب بإتلافه شيء كشعر بهيمة الأنعام .

(فصـــل) وان حلق محرم رأس محرم باذنه فالفدية على من حلق رأسه ، وكذلك ان حلقه حلال باذنه ، لأن الله تعالى قال (ولا تحلقوا رءوسكم) وقد علم أن غيره هو الذى يحلقه فأضاف الفعل اليه وجعل الفدية عليه ، وان حلقه مكرها أو نائما فلا فدية على المحلوق رأسه ، وبهذا قال إسحاق وأبو ثور وابن القاسم صاحب مالك وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : على المحلوق رأسه الفدية وعن الشافعى كالمذهبين .

ولنا أنه يحلق رأسه ولم يحلق باذنه ؛ فأشبه ما لو انقطع الشعر بنفسه .

إذا ثبت هذا : فان الفدية على الحالق حراما كان أو حلالا ، وقال أصحاب الرأى : على الحلال صدقة ، وقال عطاء : عليهما الفدية .

ولنا أنه أزال ما منع من إزالته لأجل الإحرام ، فكانت عليه فديته كالمحرم يحلق رأس نفسه .

(فصل) إذا قلع جلدة عليها شعر فلا فدية عليه ، لأنه زال تابعا لغيره والتابع لا يضمن ، كما لو قلع أشفار عينى انسان فانه لا يضمن أهدابهما .

(فصـــل) واذا خلل شعره فسقطت شعرة ، فان كانت ميتة فلا فدية فيها ، وان كانت من شعره النابت ففيها الفدية وان شك فيها فلا فدية فيها ، لأن الأصل نفى الضمان الى أن يحصل يقين .

« مسألة » قال ﴿ وفى كل شعرة من الثلاث : مدٌ من طعام ﴾

يعنى اذا حلق دون الاربع فعليه فى كل شعرة مد من طعام ، وهذا قول الحسن وابن عيينة والشافعى فيما دون الثلاث ، وعن أحمد : فى الشعرة درهم ، وفى الشعرتين درهمان ، وعنه فى كل شعرة قبضة من طعام ، وروى ذلك عن عطاء ونحوه عن مالك وأصحاب الرأى قال مالك : عليه فيما قل من الشعر إطعام طعام وقال أصحاب الرأى : يتصدق بشيء ، لأنه لا تقدير فيه ، فيجب فيه أقل ما يقع

عليه اسم الصدقة ، وعن مالك فيمن أزال شعراً : لا ضمان عليه لأن النص إنما أوجب الفدية فى حلق الرأس كله ، فألحقنا به ما يقع عليه اسم الرأس .

ولنا أن ما ضمنت جملته ضمنت أبعاضه كالصيد ، والأولى : أن يجب الإطعام لأن الشارع إنما عدل عن الحيوان إلى الطعام فى جزاء الصيد ، وههنا أوجب الإطعام مع الحيوان على وجه التخيير ، فيجب أن يرجع إليه فيما لا يجب فيه الدم ، ويجب مد لأنه أقل ما وجب بالشرع فدية فكان واجباً فى أقل الشعر ، والطعام الذى يجزىء فيه إخراجه وهو ما يجزىء فى حلق الرأس ابتداء من البر والشعير والتمر والزبيب كالذى يجب فى الأربع .

(فصل) ومن أبيح له حلق رأسه لأذى به فهو مخير فى الفدية قبل الحلق وبعده ، نص عليه أحمد ، لما روى « أن الحسين بن على اشتكى رأسه ، فأتى على فقيل له : هذا الحسين يشير إلى رأسه . فدعا بجزور فنحرها ثم حلقه وهو بالسقيا » رواه أبو إسحاق الجوزجانى ، ولأنها كفارة فجاز تقديمها على وجوبها ككفارة الظهار واليمين .

« مسألة » قال ﴿ وكذلك الأظفار ﴾

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ أظفاره وعليه الفدية بأخذها فى قول أكثرهم ، وهو قول حماد ومالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن عطاء ، وعنه : لا فدية عليه لأن الشرع لم يرد فيه بفدية .

ولنا أنه أزال ما منع إزالته لأجل الترفه فوجبت عليه الفدية كحلق الشعر ، وعدم النص فيه لا يمنع قياسه عليه ، كشعر البدن مع شعر الرأس ، والحكم فى فدية الأظفار كالحكم فى فدية الشعر سواء فى أربعة منها دم ، وعنه فى ثلاثة دم ، وفى الظفر الواحد : مد من طعام ، وفى الظفرين مدان ، على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف فيه ، وقول الشافعى وأبى ثور كذلك ، وقال أبو حنيفة : لا يجب الدم إلا بتقليم أظفار يد كاملة حتى لو قلم من كل يد أربعة لا يجب عليه الدم لأنه لم يستكمل منفعة اليد أشبه الظفر والظفرين .

ولنا أنه قلم ما يقع عليه اسم الجمع أشبه ما لو قلم خمسا من يد واحدة ، وماقالوه يبطل بما إذا حلق ربع رأسه فإنه لم يستوف منفعةالعضو ويجب به الدم ، وقولهم يؤدي إلى أن يجب به الدم فى القليل دون الكثير .

إذا ثبت هذا فإنه يتخير من قلم ما يجب به الدم بين الثلاثة أشياء كما قلنا فى الشعر لأن الإيجاب فى الأظمار بالإلحاق بالشعر فيكون حكم الفرع حكم أصله ، ولا يجب فيما دون الأربعة أو الثلاثة بقسطه من الدم لان العبادة إذا وجب فيها الحيوان لم يجب فيها جزء منه كالزكاة .

(فصل) وفى قص بعض الظفر ما فى جميعه ، وكذلك فى قطع بعض الشعرة مثل مافى قطع جميعها لان الفدية تجب فى الشعرة والظفر سواء أطال أو قصر وليس بمقدر بمساحة فيتقدر الضمان عليه بل هو كالموضحة يجب فى الصغيرة منها مثلما يجب فى الكبيرة ، وخرج ابن عقيل وجها : أنه يجب بحساب المتلف ، كالإصبع يجب فى أنملتها ثلث ديتها ، والله أعلم .

« مسأله » قال (وإن تطيب المحرم عامداً غسل الطيب وعليه دم ؛ وكذلك إن لبس المخيط أو الخف عامداً وهو يجد النعل خلع وعليه دم)

لا خلاف فى وجوب الفدية على المحرم إذا تطيب أو لبس عامداً لانه ترفه بمحظور فى إحرامه ، فلزمته الفدية كما لو ترفه بحلق شعره أو قلم ظفره ، والواجب عليه : أن يفديه بدم ، ويستوى فى ذلك قليل الطيب وكثيره ، وقليل اللبس وكثيره . وبذلك قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يجب الدم إلا بتطييب عضو كامل وفى اللباس بلباس يوم وليلة ، ولا شيء فيما دون ذلك لانه لم يلبس لبساً معتاداً فأشبه ما لو ائتزر بالقميص .

ولنا أنه متى حصل به الاستمتاع بالمحظورات فاعتبر بمجرد الفعل كالوطء محظوراً فلا تتقدر فديته بالزمن كسائر المحظورات ، وما ذكروه غير صحيح فإن الناس يختلفون فى اللبس فى العادة ، ولأن ما ذكروه تقدير ، والتقديرات بابها التوقيف ، وتقديرهم بعضو ويوم وليلة تحكم محض ، وأما إذا ائتزر بقميص فليس ذلك بلبس مخيط ولهذا لا يحرم عليه والمختلف فيه محرم .

فصـــل

ويلزمه غسل الطيب وخلع اللباس لأنه فعل محظوراً فيلزمه ازالته وقطع استدامته كسائر المحظورات ، والمستحب أن يستعين فى غسل الطيب بحلال لئلا يباشر المحرم الطيب بنفسه ، ويجوز أن يليه بنفسه ولا شىء عليه لان النبى صلى الله عليه وسلم قال للذى رأى عليه طيباً أو خلوقا « اغسل عنك الطيب » ولأنه تارك له فإن لم يجد ما يغسله به مسحه بخرقة أو حكه بتراب أو ورق أو حشيش لان الذى عليه ازالته بحسب القدرة ، وهذا نهاية قدرته .

(فصل) اذا احتاج الى الوضوء وغسل الطيب ومعه ماء لا يكفى الا أحدهما قدم غسل الطيب ؛ ويتيمم للحدث لانه لا رخصة فى ابقاء الطيب وفى ترك الوضوء الى التيمم رخصة فإن قدر على قطع رائحة الطيب بغير الماء فعل وتوضأ لان المقصود من ازالة الطيب قطع رائحته ، فلا يتعين الماء والوضوء بخلافه .

(فصل) اذا لبس قميصاً وعمامة وسراويل وخفين لم يكن عليه الا فدية واحدة لانه محظور من جنس واحد فلم يجب فيه أكثر من فدية واحدة كالطيب فى بدنه ورأسه ورجليه .

(فصل) وان فعل محظوراً من أجناس فحلق ولبس وتطيب ووطىء فعليه لكل واحد فدية ، سواء فعل ذلك مجتمعا أو متفرقا ؛ وهذا مذهب الشافعى . وعن أحمد : أن فى الطيب واللبس والحلق فدية واحدة ، وان فعل ذلك واحدا بعد واحدفعليه لكل واحد دم ؛ وهو قول اسحاق ، وقال عطاء وعمرو بن دينار : اذا حلق ثم احتاج الى الطيب أو الى قلنسوة أو اليهما ففعل ذلك فليس عليه الا فدية ، وقال الحسن : ان لبس القميص وتعمم وتطيب فعل ذلك جميعا فليس عليه الا كفارة واحدة ، ونحو ذلك عن مالك .

ولنا أنها محظورات مختلفة الاجناس فلم تتداخل أجزاؤها كالحدود المختلفة والايمان المختلفة وعكسه ما إذا كان من جنس واحد .

« مسألة » قال (وان لبس أو تطيب ناسيا فلا فدية عليه ، ويخلع اللباس ويغسل الطيب ، وينزع الى التلبية)

المشهور فى المذهب : أن المتطيب أو اللابس ناسيا أو جاهلا لا فدية عليه ،

وهو مذهب عطاء والثورى واسحاق وابن المنذر ، وقال أحمد قال سفيان : ثلاثة فى الجهل والنسيان ســـواء : إذا أتى أهله وإذا أصاب صيداً وإذا حلق رأسه ، قال أحمد : وإذا جامع أهله بطل حجه لأنه شيء لا يقدر على رده ، والصيد إذا قتله فقد ذهب لا يقدر على رده ، والشعر إذا حلقه فقد ذهب ، فهذه الثلاثة العمد والخطأ والنسيان فيها سواء ، وكل شيء من النسيان بعد الثلاثة فهو يقدر على رده مثل إذا غطى المحرم رأسه ثم ذكر ألقاه عن رأســه وليس عليه شيء ، أو لبس خفا نزعه وليس عليه شيء ، وعنه رواية أخرى : أن عليه الفدية فى كل حال ، وهو مذهب مالك والليث والثورى وأبى حنيفة ، لأنه هتك حرمة الإحرام ، فاستوى عمده وسهوه كحلق الشعر وتقليم الأظفار .

ولنا عموم قوله عليه السلام « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وروى يعلى بن أمية « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم وهو بالجعرانة وعليه جبة ، وعليه أثر خلوق ، أو قال : أثرصفرة ، فقال : يا رسول الله . كيف تأمرنى أن أصنع فى عمرتى ؟ قال « اخلع عنك هذه الجبة واغسل عنك أثر هذا الخلوق — أو قال — أثر الصفرة واصنع فى عمرتك ما تصنع فى حجك » متفق عليه ، وفى لفظ قال « يا رسول الله ، أحرمت بالعمرة وعلى هذه الجبة » فلم يأمره بالفدية مع مسألته عما يصنع . وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز إجماعا ، دل على أنه عذره لجهله ، والجاهل والناسى واحد ، ولأن الحج عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فكان من محظوراته أنه ما يفرق بين عمده وسهوه كالصوم ، فأما الحلق وقتل الصيد فهو إتلاف لا يمكن رد تلافيه بإزالته .

إذا ثبت هذا : فإن الناسى متى ذكر فعليه غسل الطيب وخلع اللباس فى الحال فإن أخر ذلك عن زمن الامكان فعليه الفدية .

فإن قيل : فلم لا يجوز له استدامة الطيب ههنا كالذى يتطيب قبل إحرامه .

قلنا لأن ذلك فعل مندوب إليه ، فكان له استدامته ، وههنا هو محرم وإنما سقط حكمه بالنسيان أو الجهل فإذا زال ظهر حكمه ، وإن تعذر عليه إزالته لاكراه أو علة ولم يجد من يزيله وما أشبه ذلك فلا فدية عليه ، وجرى مجرى المكره على الطيب ابتداء .

وحكم الجاهل إذا علم حكم الناسى اذا ذكر ، وحكم المكره حكم الناسى ، فإن ما عفى عنه بالنسيان عفى عنه بالاكراه لأنهما قرينان فى الحديث الدال على العفو عنهما .

وقول الخرقى « ينزع الى التلبية » أى يلبى حين ذكر استذكاراً للحج أنه نسيه استشعاراً بإقامته عليه ورجوعه اليه ، وهذا قول يروى عن ابراهيم النخعى .

« مسألة » قال ﴿ ولو وقف بعرفة نهارا أو دفع قبل الامام فعليه دم ﴾

وجملة ذلك : أن من وقف بعرفة يوم عرفة نهارا وجب عليه الوقوف الى غروب الشمس ، ليجمع بين الليل والنهار فى الوقوف فإن دفع قبل الغروب ولم يعد حتى غربت الشمس فعليه دم ، وقال الشافعى . لا يجب ذلك ، ولا دم عليه ان دفع قبل الغروب احتجاجا بحديث عروة بن مضرس ، ولأنه أدرك من الوقوف ما أجزأه أشبه ما لو أدرك الليل منفردا .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم وقف حتى غربت الشمس بغير خلاف وقد قال « خذوا عنى مناسككم » فإذا تركه لزمه دم . لقول ابن عباس ، ولأنه ركن لم يأت به على الوجه المشروع فلزمه دم كما لو أحرم من دون الميقات ، وحديثهم دال على الاجزاء ؛ والكلام فى وجوب الدم ، فأما اذا وقف فى الليل خاصة فانه يجزئه ولا يلزمه دم . لأن من أدرك الليل وحده لا يمكنه الوقوف نهارا . فلا يتعين عليه ولا يجب عليه بتركه دم بخلاف من أدرك نهارا .

وأما قوله : أو دفع قبل الامام ؛ فظاهر أنه أوجب بذلك دما وإن دفع قبل الغروب ، وقد روى الأثرم عن أحمد قال : سمعته يسأل عن رجل دفع قبل الامام من عرفة بعد ما غابت الشمس ؟ فقال . ما وجدت أحدا سهل فيه . كلهم يشدد فيه ، قال : وما يعجبنى أن يدفع الا مع الامام ، وعن عطاء . عليه شاة اذا دفع قبل الامام . قيل . فيدفع من مزدلفة قبل الامام ؟ فقال : المزدلفة عندى غير عرفة وذكر حديث ابن عمر « أنه دفع قبل ابن الزبير » وغير الخرقى من أصحابنا لم يوجب بذلك شيئاً ، ولا عد الدفع مع الامام من الواجبات ، وهو الصحيح فان اتباع الامام وأفعال النسك معه ليس بواجب فى سائر مناسك الحج ، فكذا ههنا ، وانما

وقع دفع الصحابة مع النبي صلى الله عليه وسلم بحكم العادة فلا يدل على الوجوب كالدفع معه من مزدلفة والافاضة من منى ، وغير ذلك ، وليس ذلك فعلا للنبي صلى الله عليه وسلم ، فيدخل فى عموم قوله صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى مناسككم » .

« مسأله » قال (ومن دفع من مزدلفة قبل نصف الليل من غير الرعاة وأهل سقاية الحاج فعليه دم)

وجملة ذلك : أن المبيت بمزدلفة واجب يجب بتركه دم ، سواء تركه عمدا أو خطأ عالما أو جاهلا ، لأنه ترك نسكا . وللنسيان أثره فى ترك الموجود كالمعدوم لا فى جعل المعدوم كالموجود ، إلا أنه رخص لأهل السقاية ورعاة الابل فى ترك البيتوتة ، لأن النبي (ص) رخص للرعاة فى ترك البيتوتة فى حديث عدى ، وأرخص للعباس فى المبيت لأجل سقايته ، ولأن عليهم مشقة فى المبيت لحاجتهم الى حفظ مواشيهم وسقى الحاج ، فكان لهم ترك المبيت فيها كليالى منى ولأنها ليلة يرمى فى غدها . فكان لهم ترك المبيت فيها كليالى منى ، وروى عن أحمد . أن المبيت بمزدلفة غير واجب ، ولا شيء على تاركه والاول المذهب .

« مسألة » قال (ومن قتل وهو محرم من صيد البر ، عامدا أو مخطئا ، فداه بنظيره من النعم ، ان كان المقتول دابة)

فى هذه المسألة فصول ستة .

الاول . فى وجوب الجزاء على المحرم بقتل الصيد فى الجملة ، وأجمع أهل العلم على وجوبه ، ونص الله تعالى عليه بقوله (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم) ولا نعلم أحدا خالف فى الجزاء فى قتل الصيد متعمدا الا الحسن ومجاهدا قالا . اذا قتله متعمدا ذاكرا لإحرامه لا جزاء عليه ، وان كان مخطئا أو ناسيا لاحرامه فعليه الجزاء ، وهذا خلاف النص ، فان الله تعالى قال (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم) والذاكر لاحرامه متعمد ، وقال فى سياق الآية (ليذوق وبال أمره) والمخطىء والناسى . لا عقوبة عليهما .

وقتل الصيد نوعان : مباح ومحرم ، فالمحرم قتله ابتداء من غير سبب يبيح قتله ففيه الجزاء ، والمباح ثلاثة أنواع

أحدها أن يضطر إلى أكله ، فيباح له ذلك بغير خلاف نعلمه ، فإن الله تعالى قال (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة) وترك الأكل مع القدرة عند الضرورة إلقاء بيده إلى التهلكة ومتى قتله ضمنه ، سواء وجد غيره أو لم يجد . وقال الأوزاعى لا يضمنه لأنه مباح ، أشبه صيد البحر

ولنا عموم الآية ، ولأنه قتله من غير معنى يحدث من الصيد يقتضى قتله فضمنه كغيره ولأنه أتلفه لدفع الأذى عنه لا لمعنى فيه ، أشبه حلق الشعر لأذى برأسه .

(النوع الثانى) إذا صال عليه صيد فلم يقدر على دفعه إلا بقتله فله قتله ولا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو بكر عليه الجزاء . وهو قول أبى حنيفة لأنه قتله لحاجة نفسه ، أشبه قتله لحاجته إلى أكله

ولنا أنه حيوان قتله لدفع شره فلم يضمنه كالآدمى الصائل ، ولأنه التحق بالمؤذيات طبعا فصار كالكلب العقور ، ولا فرق بين أن يخشى منه التلف أو يخشى منه مضرة كجرحه أو إتلاف ماله أو بعض حيواناته .

(النوع الثالث) إذا خلص صيداً من سبع أو شبكة صياد أو أخذه ليخلص من رجله خيطا ونحوه فتلف بذلك فلا ضمان عليه ، وبه قال عطاء ، وقيل عليه الضمان ، وهو قول قتادة لعموم الآية ، ولأن غاية ما فيه أنه عدم القصد إلى قتله فأشبه قتل الخطأ .

ولنا أنه فعل أبيح لحاجة الحيوان فلم يضمن ما تلف به ، كما لو داوى ولى الصبى الصبى فمات بذلك ، وهذا ليس بمتعمد ، فلا تتناوله الآية

(الفصل الثانى) أنه لا فرق بين الخطأ والعمد فى قتل الصيد فى وجوب الجزاء على إحدى الروايتين ، وبه قال الحسن وعطاء والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . قال الزهرى : على المتعمد بالكتاب وعلى المخطىء بالسنة . والرواية الثانية لا كفارة فى الخطأ ، وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس وابن المنذر وداود ، لأن الله تعالى قال (ومن قتله منكم متعمداً) فدليل خطابه

أنه لا جزاء على الخاطىء لأن الأصل براءة ذمته فلا يشغلها إلا بدليل ، ولأنه محظور للإحرام لا يفسده ، فيجب التفريق بين خطئه وعمده كاللبس والطيب

ووجه الاولى قول جابر « جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الضبع يصيده المحرم كبشا » وقال عليه السلام « فى بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه . ولم يفرق » رواهما ابن ماجه ، ولانه ضمان إتلاف استوى عمده وخطؤه كمال الآدمى ،

(الفصل الثالث) ان الجزاء لا يجب الا على المحرم ، ولا فرق بين إحرام الحج وإحرام العمرة لعموم النص فيهما ، ولا خلاف فى ذلك ، ولا فرق بين الاحرام بنسك واحد وبين الاحرام بنسكين ، وهو القارن ، لان الله سبحانه وتعالى لم يفرق بينهما .

(الفصل الرابع) ان الجزاء لا يجب الا بقتل الصيد ، لانه الذى ورد به النص بقوله تعالى لا تقتلوا الصيد) والصيد ما جمع ثلاثة أشياء ، وهو أن يكون مباحا أكله لامالك له ممتنعا، فيخرج بالوصف الاول كل ما ليس بمأكول لا جزاء فيه ، كسباع البهائم والمستخبث من الحشرات والطير وسائر المحرمات ، قال أحمد : إنما جعلت الكفارة فى الصيد المحلل أكله ، وقال . كل مايؤذى إذا أصابه المحرم يؤكل لحمه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، إلا أنهم أوجبوا الجزاء فى المتولد بين المأكول وغيره ، كالسبع المتولد من الضبع والذئب ، تغليبا لتحريم قتله ، كما علقوا التحريم فى أكله ، وقال بعض أصحابنا : فى أم حبين جدى ، وأم حبين دابة منتفخة البطن فهذا خلاف القياس ، فإن أم حبين لا تؤكل لكونها مستخبثة عند العرب

حكى أن رجلا من العرب سأل ما تأكلون ؟ قال ما دب ودرج الا أم حبين فقال السائل ليهن أم حبين العافية ، وإنما تبعوا فيها قضية عثمان رضى الله عنه ، فإنه قضى فيها بحلاق ، وهو الجدى ، والصحيح أنه لا شىء فيها

وفى القمل روايتان ذكرناهما فيما مضى ، والصحيح أنه لا شىء فيه لأنه غير مأكول ، وهو من المؤذيات ولا مثل له ولا قيمة

قال ميمون بن مهران كنت عند عبدالله بن عباس « فسأله رجل فقال أخذت قملة فألقيتها ثم طلبتها فلم أجدها ، فقال ابن عباس تلك ضالة لا تبتغى »

وقال القاضى انما الروايتان فيما أزاله من شعره ، فأما ما ألقاه من ظاهر بدنه

أو ثوبه فلا شيء عليه ، رواية واحدة ، ومن أوجب فيه الجزاء قال أي شيء تصدق به فهو خير ، واختلفت الرواية فى الثعلب ، فعنه فيه الجزاء ، وبه قال طاوس وقتادة ومالك والشافعي . وقال هو صيد يؤكل وفيه الجزاء

وعن أحمد لا شيء فيه ، وهو قول الزهرى وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح وابن المنذر واختلف فيه عن عطاء لأنه سبع ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع . وإذا أوجبنا فيه الجزاء ففيه شاة ، لأنه روى ذلك عن عطاء ، واختلفت الرواية فى السنور أهليا كان أو وحشيا . والصحيح أنه لا جزاء فيه ؛ وهو اختيار القاضى لأنه سبع . وليس بمأكول ، وقال الثورى وإسحاق فى الوحشى حكومة . ولا شيء فى الأهلى . لأن الصيد ما كان وحشيا . واختلفت الرواية فى الهدهد والصرد لاختلاف الروايتين فى إباحتهما وكل ما اختلف فى إباحته يختلف فى جزائه ، فأما مايحرم . فالصحيح : أنه لاجزاء فيه . لانه مخالف للقياس ولا نص فيه

(الوصف الثانى) أن يكون وحشيا وما ليس بوحشى لايحرم على المحرم ذبحه ولا أكله ، كبهيمة الانعام كلها والخيل والدجاج ونحوها ، لا نعلم بين أهل العلم فى هذا خلافا ؛ والاعتبار فى ذلك بالاصل لابالحال ، فلو استأنس الوحشى وجب فيه الجزاء ، وكذلك وجب الجزاء فى الحمام أهلية ووحشية اعتباراً بأصله ، ولو توحش الاهلى لم يجب فيه شيء

قال أحمد فى بقرة صارت وحشية : لا شيء فيها لأن الاصل فيها الانسى وان تولد من الوحشى والاهلى ولد ففيه الجزاء تغليبا للتحريم ، كقولنا فى المتولد بين المباح والمحرم ، واختلفت الرواية فى الدجاج السندى هل فيه جزاء ؟ على روايتين وروى مهنا عن أحمد فى البط يذبحه المحرم اذا لم يكن صيداً ، والصحيح أنه يحرم عليه ذبحه ، وفيه الجزاء لان الاصل فيه الوحشى فهو كالحمام

(الفصل الخامس) أن الجزاء انما يجب فى صيد البر دون صيد البحر بغير خلاف ، لقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما)

قال ابن عباس : طعامه ما لفظه ولا فرق بين حيوان البحر الملح وبين ما فى

الأنهار والعيون ، فإن اسم البحر يتناول الكل ، قال الله تعالى (وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذاملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا) ولان الله تعالى قابله بصيد البر بقوله (وحرم عليكم صيد البر) فدل على أن ما ليس من صيد البر فهو من صيد البحر ، وحيوان البحر ما كان يعيش فى الماء ويفرخ ويبيض فيه ، فإن كان مما لا يعيش الا فى الماء كالسمك ونحوه : فهذا مما لا خلاف فيه ، وان كان مما يعيش فى البر كالسلحفاة والسرطان ، فهو كالسمك لا جزاء فيه . وقال عطاء : فيه الجزاء وفى الضفدع وكل ما يعيش فى البر

ولنا أنه يفرخ فى الماء ويبيض فيه فكان من حيوانه كالسمك ، فأما طير الماء ففيه الجزاء فى قول عامة أهل العلم ، منهم الاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم ، لا نعلم فيه مخالفا . غير ما حكى عن عطاء أنه قال . حيثما يكون أكثر فهو من صيده

ولنا أن هذا إنما يفرخ فى البر ويبيض فيه ، وإنما يدخل المـــاء ليعيش فيه ويكتسب منه ، فهو كالصياد من الآدميين

واختلفت الرواية فى الجراد فعنه هو من صيد البحر لا جزاء فيه ، وهو مذهب أبى سعيد ، قال ابن المنذر : قال ابن عباس وكعب : هو من صيد البحر . وقال عروة ، هو نثرة حوت

وروى عن أبى هريرة قال : أصابنا ضرب من جراد فكان رجل منا يضرب بسوطه وهو محرم ، فقيل ان هذا لا يصلح ، فذكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال « هذا من صيد البحر » وعنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجراد من صيد البحر » رواهما أبو داود

وروى عن أحمد أنه من صيد البر وفيه الجزاء ، وهو قول الأكثرين ، لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لكعب فى جرادتين « ما جعلت فى نفسك ؟ قال درهمان ، قال بخ ، درهمان خير من مائة جرادة » رواه الشافعى فى مسنده ، ولانه طير يشاهد طيرانه فى البر ويهلكه الماء اذا وقع فيه فأشبه العصافير ، فأما الحديثان اللذان ذكرناهما للرواية الاولى فوهم ، قاله أبو داود

فعلى هذا يضمنه بقيمته لانه لا مثل له ، وهذا قول الشافعى ، وعن أحمد

يتصدق بتمرة عن الجرادة ، وهذا يروى عن عمر وعبد الله بن عمر ، وقال ابن عباس قبضة من طعام .

قال القاضي : هذا محمول على أنه أوجب ذلك على طريق القيمة ، والظاهر أنهم لم يريدوا بذلك التقدير ، وإنما أرادوا أن فيه أقل شيء ، وإن افترش الجراد في طريقه فقتله بالمشي عليه على وجه لم يمكنه التحرز منه ففيه وجهان :

أحدهما : وجوب جزائه لأنه أتلفه لنفع نفسه فضمنه ، كالمضطر يقتل صيداً يأكله .

والثاني لا يضمنه لأنه اضطره إلى إتلافه ، أشبه ما لو صال عليه

(الفصل السادس) أن جزاء ما كان دابة من الصيد نظيره من النعم ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : الواجب القيمة ، ويجوز فيها المثل ، لأن الصيد ليس بمثلي

ولنا قول الله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) وجعل النبي صلى الله عليه وسلم في الضبع كبشاً ، وأجمع الصحابة على إيجاب المثل ، فقال عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية « في النعامة بدنة » وحكم أبو عبيدة وابن عباس « في حمار الوحش ببدنة » وحكم عمر فيه ببقرة ، وحكم عمر وعلي في الظبي بشاة ، وإذا حكموا بذلك في الأزمنة المختلفة والبلدان المتفرقة دل ذلك على أنه ليس على وجه القيمة ، ولأنه لو كان على وجه القيمة لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة اما برؤية أو اخبار ، ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم ولأنهم حكموا في الحمام بشاة ، ولا يبلغ قيمة شاة في الغالب

اذا ثبت هذا فليس المراد حقيقة المماثلة فإنها لا تتحقق بين النعم والصيد لكن أريدت المماثلة من حيث الصورة ، والمتلف من الصيد قسمان

أحدهما قضت فيه الصحابة فيجب فيه ما قضت ، وبهذا قال عطاء والشافعي واسحاق ، وقال مالك : يستأنف الحكم فيه ، لأن الله تعالى قال (يحكم به ذوا عدل منكم)

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم »

وقال « اقتدوا باللذين من بعدى أبى بكر وعمر » ولأنهم أقرب الى الصواب وأبصر بالعلم ، فكان حكمهم حجة على غيرهم كالعالم مع العامى ، والذى بلغنا قضاؤهم فى الضبع كبش ، قضى به عمر وعلى وجابر وابن عباس ، وفيه عن جابر « أن النبى (ص) جعل فى الضبع يصيدها المحرم كبشا » رواه أبو داود وابن ماجه وروى عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فى الضبع : كبش اذا أصاب المحرم ، وفى الظبى شاة ، وفى الأرنب عناق ، وفى اليربوع جفرة » .

وقال أبو الزبير : الجفرة التى قد فطمت ورعت رواه الدارقطنى ، قال أحمد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الضبع بكبش ، وبه قال عطاء والشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الأوزاعى : ان كان العلماء بالشام يعدونها من السباع ويكرهون أكلها ، وهو القياس ، الا أن اتباع السنه والآثار أولى ، وفى حمار الوحش : بقرة ، روى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وبه قال عروة ومجاهد والشافعى ، وعن أحمد : فيه بدنة : روى ذلك عن أبى عبيدة وابن عباس ، وبه قال عطاء والنخعى ، وفى بقرة الوحش بقرة ، روى ذلك عن ابن مسعود وعطاء وعروة وقتادة والشافعى ، والإبل فيه بقرة . قاله ابن عباس

قال أصحابنا : فى الوعل والتيتل بقرة كالإبل ، والأروى فيه بقرة ، قال ذلك ابن عمر ، قال القاضى : فيها عصب ، وهى من أولاد البقر : ما بلغ أن يقبض على قرنه ولم يبلغ أن يكون جذعا : وحكى ذلك عن الازهرى ؛ وفى الظبى شاة ، ثبت ذلك عن عمر ، وروى عن على ، وبه قال عطاء وعروة والشافعى وابن المنذر ولا نحفظ عن غيرهم خلافهم : وفى الوبر : شاة روى ذلك عن مجاهد وعطاء ، وقال القاضى فيه جفرة ، لانه ليس بأكبر منها ، وكذلك قال الشافعى . ان كانت العرب تأكله ، والجفرة من أولاد المعز ، ما أتى عليها أربعة أشهر وفصلت عن أمها ، والذكر جفر ، وفى اليربوع : جفرة ، قال ذلك عمر رضى الله عنه .

وروى ذلك عن ابن مسعود . وبه قال عطاء والشافعى وأبو ثور ، وقال النخعى فيه ثمنه ، وقال مالك : قيمته طعاما ، وقال عمرو بن دينار ما سمعنا أن الضب واليربوع يؤذيان ؛ واتباع الآثار أولى ، وفى الضب . جدى قضى به عمر وأربد ، وبه قال الشافعى .

وعن أحمد فيه شاة : لان جابر بن عبد الله وعطاء قالا . فيه ذلك ، وقال مجاهد حفنة من طعام ، وقال قتادة صاع ، وقال مالك قيمته من الطعام والأول أولى ، فإن قضاء عمر أولى من قضاء غيره . والجدي أقرب اليه من الشاة ، وفي الأرنب عناق ، قضى به عمر ، وبه قال الشافعي ، وقال ابن عباس . فيه حمل ، وقال عطاء فيه شاة ، وقضاء عمر أولى ، والعناق الانثى من ولد المعز في أول سنة والذكر جدي

(والقسم الثاني) مالم تقض فيه الصحابة ، فيرجع الى قول عداين من أهل الخبرة لقول الله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) فيحكمان فيه بأشبه الاشياء به من النعم من حيث الخلقة لا من حيث القيمة ، بدليل أن قضاء الصحابة لم يكن بالمثل في القيمة وليس من شرط الحكم أن يكون فقيها ، لأن ذلك زيادة على أمر الله تعالى به ، وقد أمر عمر أن يحكم في الضب ، ولم يسأل أفقيه هو أم لا ؟ لكن تعتبر العدالة لانها منصوص عليها ، ولانها شرط في قبول القول على الغير في سائر الأماكن ، وتعتبر الخبرة لانه لا يتمكن من الحكم بالمثل الا من له خبرة ، ولان الخبرة بما يحكم به شرط في سائر الحكام ، ويجوز أن يكون القاتل أحد العدلين : وبهذا قال الشافعي واسحاق وابن المنذر ، وقال النخعي . ليس له ذلك لأن الإنسان لا يحكم لنفسه .

ولنا عموم قوله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) والقاتل مع غيره ذوا عدل منا ، وقد روى سعيد في سننه والشافعي في مسنده عن طارق بن شهاب قال « خرجنا حجاجاً . فأوطأ رجل منا ، يقال له أربد . ضبا ، ففزر ظهره ، فقدمنا على عمر رضي الله عنه : فسألنا أربد ؟ فقال له . احكم يا أربد فيه ، قال . أنت خير مني يا أمير المؤمنين . قال انما أمرتك أن تحكم ، ولم آمرك أن تزكيني ، فقال أربد أرى فيه جديا قد جمع الماء والشجر : قال عمر فذلك فيه » فأمره عمر أن يحكم فيه وهو القاتل ، وأمر أيضا كعب الاحبار أن يحكم على نفسه في الجرادتين اللتين صادهما وهو محرم ، ولانه مال يخرج في حق الله تعالى ، فجاز أن يكون من وجب عليه أمينا فيه كالزكاة .

(فصل) قال أصحابنا في كبير الصيد مثله من النعم ، وفي الصغير : صغير ، وفي الذكر : ذكر ، وفي الانثى : أنثى ، وفي الصحيح صحيح ، وفي المعيب معيب

وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : فى الصغير كبير ، وفى المعيب صحيح ، لأن الله تعالى قال : هديا بالغ الكعبة) ولا يجزىء فى الهدى صغير ولا معيب ولأنها كفارة متعلقة بقتل حيوان ، فلم تختلف بصغيره وكبيره كقتل الآدمى .

ولنا قول الله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) ومثل الصغير صغير ، ولأن ما ضمن باليد والجناية اختلف ضمانه بالصغر والكبر كالبهيمة ، والهدى فى الآية معتبرة بالمثل ، وقد أجمع الصحابة على الضمان بما لا يصح هديا كالجفرة والعناق والجدى ، وكفارة الآدمى ليست بدلا عنه ، ولا تجرى مجرى الضمان ، بدليل أنها لا تتبعض فى أبعاضه ، فإن فدى المعيب بصحيح فهو أفضل ، وان فداه بمعيب مثله جاز ، وان اختلف العيب ، مثل أن فدى الأعرج بأعور ، والأعور بأعرج لم يجز لأنه ليس بمثله ، وان فدى أعور من احدى العينين بأعور من أخرى أو أعرج من قائمة بأعرج من أخرى جاز ، لان هذا اختلاف يسير ، ونوع العيب واحد ، وإنما اختلف محله ، وان فدى الذكر بأنثى جاز ، لان لحمها أطيب وأرطب ، وان فداها بذكر جاز فى أحد الوجهين ، لأن لحمه أوفر فتساويا : والآخر لا يجوز : لأن زيادته عليها ليس هى من جنس زيادتها ، فأشبه فداء المعيب من نوع بمعيب من نوع .

فصل

فإن قتل ماخضا ، فقال القاضى : يضمنها بقيمة مثلها ، وهو مذهب الشافعى لأن قيمته أكثر من قيمة لحمه : وقال أبو الخطاب : يضمنها بماخض مثلها ، لأن الله تعالى قال (٥ ، ٩٦ فجزاء مثل ما قتل من النعم) وإيجاب القيمة عدول عن المثل مع إمكانه ، فإن فداها بغير ماخض احتمل الجواز ، لان هذه الصفة لا تزيد فى لحمها بل ربما نقصها ، فلا يشترط وجودها فى المثل كاللون والعيب ، وان جنى على ماخض فأتلف جنينها وخرج ميتاً ففيه ما نقصت أمه كما لو جرحها ، وان خرج حيا لوقت يعيش لمثله ثم مات ضمنه بمثله ، وان كان لوقت لا يعيش لمثله فهو كالميت كجنين الآدمية .

(فصل) وان أتلف جزءاً من الصيد وجب ضمانه ، لان جملته مضمونة ، فكان بعضه مضمونا كالآدمى والأموال ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال

، لا ينفر صيدها ، فالجرح أولى بالنهى . والنهى يقتضى تحريمه ، وما كان محرما من الصيد وجب ضمانه كنفسه ، ويضمن بمثله من مثله فى أحد الوجهين ، لأن ما وجب ضمان جملته بالمثل وجب فى بعضه مثله كالمكيلات ، والآخر يجب قيمة مقداره من مثله ، لأن الجزاء يشق إخراجه فيمنع إيجابه ، ولهذا عدل الشارع عن إيجاب جزء من بعير فى خمس من الإبل الى إيجاب شاة من غير جنس الإبل والأول أولى ، لأن المشقة ههنا غير ثابتة لوجود الخيرة له فى العدول عن المثل الى عدله من الطعام أو الصيام فينتفى المانع ، فيثبت مقتضى الاصل ، وهذا اذا اندمل الصيد ممتنعا : فإن اندمل غير ممتنع ضمنه جميعه ، لأنه عطله فصار كالتالف ، ولأنه مفض الى تلفه ، فصار كالجارح له جرحا يتيقن به موته ، وهذا مذهب أبى حنيفة ويتخرج أن يضمنه بما نقص ، لانه لا يضمن مالم يتلف ، ولم يتلف جميعه ، بدليل ما لو قتله محرم آخر لزمه الجزاء .

ومن أصلنا : أن على المشتركين جزاء واحد وضمانه بجزاء كامل يفضى الى ايجاب جزاءين ، وان غاب غير مندمل ولم يعلم خبره والجراحه موجبة فعليه ضمان جميعه كما لو قتله ، وان كانت غير موجبة فعليه ضمان ما نقص ، ولا يضمن جميعه لاننا لا نعلم حصول التلف بفعله فلم يضمن كما لو رمى سهما الى صيد فلم يعلم أوقع به أم لا .

وكذلك ان وجده ميتا ولم يعلم أمات من الجناية أم من غيرها ، ويحتمل أن يلزمه ضمانه ههنا ، لأنه وجد سبب اتلافه منه ، ولم يعلم له سبب آخر ، فوجب احالته على السبب المعلوم كما لو وقع فى الماء نجاسة فوجده متغيراً تغيراً يصلح أن يكون منها ، فاننا نحكم بنجاسته .

وكذلك لو رمى صيداً فغاب عن عينه ثم وجده ميتا لا أثر به غير سهمه حل أكله ، وان صيرته الجناية غير ممتنع فلم يعلم أصار ممتنعا أم لا ، فعليه ضمان جميعه لان الاصل عدم الامتناع .

(فصل) واذا جرح صيداً فتحامل ، فوقع فى شىء تلف به ضمنه ، لأنه تلف بسببه ، وكذلك ان نفره فتلف فى حال نفوره ضمنه ، فإن سكن فى مكان وأمن

من نفوره ثم تلف لم يضمنه ، وقد ذكرنا وجها آخر . أنه يضمنه فى المكان الذى انتقل اليه ، لما روى الشافعى فى مسنده عن عمر رضى الله عنه « أنه دخل دار الندوة فألقى رداءه على واقف فى البيت ، فوقع عليه طير من هذا الحمام فأطاره فوقع على واقف فانتهزته حية فقتلته ، فقال لعثمان بن عفان ونافع بن عبد الحارث : انى وجدت فى نفسى أنى أطرته من منزل كان فيه آمنا الى موقعة كان فيها حتفه ، فقال نافع لعثمان كيف ترى — فى عنز ثنية عفراء — نحكم بها على أمير المؤمنين ؟ فقال عثمان : أرى ذلك ، فأمر بها عمر رضى الله عنه » .

فصل

وكل مايضمن به الآدمى يضمن به الصيد من مباشرة أو بسبب وما جنت عليه دابته بيدها أو فمها من الصيد ، فالضمان على راكبها ، أو قائدها ، أو سائقها ، وما جنت برجلها فلا ضمان عليه ، لأنه لا يمكن حفظ رجلها ، وقال القاضى : يضمن السائق جميع جناياتها ، لأن يده عليها ويشاهد رجلها .

وقال ابن عقيل : لا ضمان عليه فى الرجل ، لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « الرجل جبار » وان انقلبت فأتلفت صيداً لم يضمنه ، لأنه لا يد له عليها ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « العجماء جبار » .

وكذلك لو أتلفت آدميا لم يضمنه ولو نصب المحرم شبكة أو حفر بئراً ، فوقع فيها صيد ضمنه لأنه بسببه ، كما يضمن الآدمى ، الا أن يكون حفر البئر بحق ، كحفره فى داره أو فى طريق واسع ينتفع بها المسلمون فينبغى أن لا يضمن ما تلف به كما لا يضمن الآدمى ، وان نصب شبكة قبل احرامه فوقع فيها صيد بعد احرامه لم يضمنه ، لانه لم يوجد منه بعد احرامه تسبب الى اتلافه ، أشبه ما لو صاده قبل احرامه وتركه فى منزله فتلف بعد احرامه أو باعه ، وهو حلال فذبحه المشترى .

« مسألة » قال ﴿ وان كان طائراً فداه بقيمته فى موضعه ﴾

قوله « بقيمته فى موضعه » يعنى يجب قيمته فى المكان الذى أتلفه فيه لاخلاف بين أهل العلم فى وجوب ضمان الصيد من الطير إلا ماحكى عن داود : أنه لا يضمن

ما كان أصغر من الحمام ، لأن الله تعالى قال (فجزاء مثل ما قتل من النعم) وهذا لا مثل له .

ولنا عموم قوله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقيل : فى قوله تعالى (ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم) يعنى الفرخ والبيض ، وما لا يقدر أن يفر من صغار الصيد (ورماحكم) يعنى الكبار ، وقد روى عن عمر وابن عباس رضى الله عنهما « أنهما حكما فى الجراد بجزاء » ودلالة الآية على وجوب جزاء غيره لا يمنع من وجوب الجزاء فى هذا بدليل آخر وضمان غير الحمام من الطير قيمته لأن الأصل فى الضمان أن يضمن بقيمته أو بما يشتمل عليها بدليل سائر المضمونات لكن تركنا هذا الأصل بدليل ، ففيما عداه تجب القيمة بقضية الدليل وتعتبر القيمة فى موضع إتلافه كما لو أتلف مال آدمى فى موضع قوّم فى موضع الاتلاف . كذا ههنا

(فصل) ويضمن بيض الصيد بقيمته أى صيد كان ، قال ابن عباس « فى بيض النعام قيمته » وروى ذلك عن عمر وابن مسعود : وبه قال النخعى والزهرى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأنه يروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فى بيض النعام قيمته » مع أن النعام من ذوات الأمثال فغيره أولى ، ولأن البيض لا مثل له : فيجب قيمته كصغار الطير فإن لم يكن له قيمة لكونه مذرا ، أو لأن فرخه ميت فلا شيء فيه ، قال أصحابنا إلا بيض النعام فإن لقشره قيمة ، والصحيح : أنه لا شيء فيه لأنه إذا لم يكن فيه حيوان ولا مآله إلى أن يصير منه حيوان صار كالأحجار والخشب ، وسائر ما له قيمة من غير الصيد ، ألا ترى أنه لو نقب بيضة فأخرج ما فيها لزمه جزاء جميعها ؛ ثم لو كسرها هو أو غيره لم يلزمه لذلك شيء ، ومن كسر بيضة فخرج منها فرخ حى فعاش فلا شيء فيه ، وإن مات ففيه ما فى صغار أولاد المتلف بيضه ، فنى فرخ الحمام صغير أولاد الغنم ، وفى فرخ النعامة حوار ، وفيما عداها قيمته ، ولا يحل لمحرم أكل بيض الصيد إذا كسره هو أو محرم سواه ، وإن كسره حلال فهو كلحم الصيد إن كان أخذه لأجل المحرم ، لم يبح له أكله وإلا أبيح ، وإن كسر بيض صيد لم يحرم على الحلال لأن حله له لا يقف على كسره ولا يعتبر له أهلية ، بل لو كسره مجوسى أو وثنى أو بغير تسمية

لم يحرم فأشبه قطع اللحم وطبخه ، وقال القاضي . يحرم على الحلال أكله كما لو ذبح الصيد لأن كسره جرى مجرى الذبح بدليل حله للمحرم بكسر الحلال له ، وإن نقل بيض صيد فجعله تحت آخر ، أو ترك مع بيض الصيد بيضا آخر ، أو شيئاً نفره عن بيضه حتى فسد فعليه ضمان لأنه تلف بسببه وإن صح وفرخ فلا ضمان عليه ، وإن باض الصيد على فراشه فتلفه برفق ففسد ففيه وجهان ، بناء على أن الجراد إذا انفرش فى طريقه وحكم بيض الجراد ، وان احتلب لبن صيد ففيه قيمة كما لو حلب لبن حيوان مغصوب .

(فصل) اذا نتف محرم ريش طائر ففيه ما نقص ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأوجب مالك وأبو حنيفة فيه الجزاء جميعه .

ولنا أنه نقصه نقصا يمكن زواله فلم يضمنه بكماله كما لو جرحه فإن حفظه وأطعمه وسقاه حتى عاد ريشه فلا ضمان عليه لان النقص زال فأشبه ما لو اندمل الجرح ، وقيل : عليه قيمة الريش لان الثاني غير الاول فإن صار غير ممتنع بنتف ريشه واندمل غير ممتنع فعليه جزاء جميعه كالجرح فإن غاب غير مندمل ففيه ما نقص كالجرح سواء ، وقد ذكرنا ثم احتمالا فههنا مثله .

« مسألة » قال ﴿ الا أن تكون نعامة ، فيكون فيها بدنة أو حمامة وما أشبهها ، فيكون فى كل واحد منها شاة ﴾

هذا متعلق بقوله « وان كان طائراً فداه بقيمته فى موضعه » أو استثنى النعامة من الطائر لأنها ذات جناحين وتبيض فهى كالدجاج والاوز ، وأوجب فيها بدنة لأن عمر وعليا وعثمان وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضي الله عنهم حكموا فيها ببدنة . وبه قال عطاء ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وحكى عن النخعي أن فيها قيمتها ، وبه قال أبو حنيفة ، وخالفه صاحباه ، واتباع النص فى قوله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) والآثار أولى ، ولأن النعامة تشبه البعير فى خلقته ، فكانت مثلا لها فتدخل فى عموم النص « فى الحمام شاة » حكم به عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ونافع بن الحارث فى حمام الحرم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعروة وقتادة والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة ومالك . فيه قيمته

الا أن مالكا وافق فى حمام الحرم لحكم الصحابة ففيما عداه يبقى على الاصل، قلنا : روى عن ابن عباس فى الحمام حال الاحرام كمذهبنا ، ولأنها حمامة مضمونة لحق الله تعالى ، فضمنت بشاة كحمامة الحرم ، ولانها متى كانت الشاة مثلا لها فى الحرم فكذلك فى الحل فيجب ضمانها به لقول الله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) وقياس الحمام على الحمام أولى من قياسه على غيره ، وقول الخرقى « وماأشبهها » يعنى مايشبه الحمامة فى أنه يعب الماء ، أى يضع منقاره فيه فيكرع كما تكرع الشاة ، ولا يأخذ قطرة قطرة كالدجاج والعصافير ، وانما أوجبوا فيه شاة لشبهه بها فى كرع الماء مثلها ولا يشرب مثل شرب بقية الطيور : قال أحمد فى رواية أبى القاسم وسندى كل طير يعب الماء يشرب مثل الحمام ففيه شاة ، فيدخل فى هذا الفواخت والوراشين والسقايين والقمرى والديسى والقطا . لأن كل واحد من هذه تسمه العرب حماما ، وقد روى عن الكسائى أنه قال : كل مطوق حمام ، وعلى هذا القول الحجل حمام لانه مطوق .

(فصل) وما كان أكبر من الحمام كالحبارى والكركى والكروان والحجل والاوز الكبير من طير الماء ففيه وجهان .

أحدهما . فيه شاة . لانه روى عن ابن عباس وجابر وعطاء أنهم قالوا . فى الحجلة والقطاة والحبارى شاة شاة ، وزاد عطاء فى الكركى والكروان وابن الماء ودجاج الحبش والحرب شاة شاة — والحرب هو فرخ الحبارى — لان ايجاب الشاة فى الحمام تنبيه على ايجابها فيما هو أكبر منه .

والوجه الثانى . فيه قيمته ، وهو مذهب الشافعى ؛ لان القياس يقتضى وجوبها فى جميع الطير ، تركناه فى الحمام لإجماع الصحابة رضى الله عنهم . ففى غيره يرجع الى الاصل .

« مسألة » قال ﴿ وهو مخير ان شاء فداه بالنظير أو قوم النظير بدراهم ، ونظر كم يجىء به طعاماً فأطعم كل مسكين مداً أو صام عن كل مد يوماً ، معسراً كان أو موسرا ﴾

فى هذه المسألة أربع فصول .

الاول . أن قاتل الصيد مخير فى الجزاء بأحد هذه الثلاثة بأيها شاء كفر موسرا

كان أو معسراً ؛ وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأى ، وعن أحمد رواية ثانية : أنها على الترتيب فيجب المثل أولا ، فإن لم يجد أطعم فإن لم يجد صام ، وروى هذا عن ابن عباس والثورى ، لأن هدى المتعة على الترتيب ، وهذا أوكد منه لأنه بفعل محظور ، وعنه رواية ثالثة : أنه لا إطعام فى الكفارة ، وإنما ذكر فى الآية ليعدل الصيام لأن من قدر على الإطعام قدر على الذبح ، هكذا قال ابن عباس وهذا قول الشعبي وأبى عياض .

ولنا قول الله تعالى (هديا بالغ الكعبة ، أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) « وأو » فى الأمر للتخيير ، روى عن ابن عباس أنه قال « كل شيء : أو ، أو . فهو مخير ، وأما ما كان : فإن لم يوجد فهو الأول الأول » ولأن عطف هذه الخصال بعضها على بعض بأو . فكان مخيراً بين ثلاثتها كفدية الأداء ، وقد سمى الله الطعام كفارة ، ولا يكون كفارة ما لم يجب إخراجه وجعله طعاماً للمساكين ، وألا يجوز صرفه إليهم لا يكون طعاماً لهم ، وعطف الطعام على الهدى ثم عطف الصيام عليه ، ولو لم يكن خصلة من خصالها لم يجز ذلك فيه ، ولأنها كفارة ذكر فيها الطعام ، فكان من خصالها كسائر الكفارات ، وقولهم « إنها وجبت بفعل محظور » يبطل بفدية الأذى على أن لفظ النص صريح فى التخيير ، فليس ترك مدلوله قياساً على هدى المتعة بأولى من العكس ، فلا يجوز قياس هدى المتعة فى التخيير على هذا لما يتضمنه من ترك النص كذا هذا .

الفصل الثانى : إذا اختار المثل ذبحه وتصدق به على مساكين الحرم لأن الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) ولا يجزئه أن يتصدق به حياً على المساكين ، لأن الله تعالى سماه هديا ، والهدى يجب ذبحه وله ذبحه أى وقت شاء ، ولا يختص ذلك بأيام النحر .

الفصل الثالث : أنه متى اختار الاطعام فإنه يقوم المثل بدراهم ، والدراهم بطعام ، ويتصدق به على المساكين . وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : يقوم الصيد لا المثل ، لأن التقويم إذا وجب لأجل الاتلاف قوم المتلف كالذى لا مثل له .

ولنا أن كل ما تلف وجب فيه المثل إذا قوم لزمت قيمة مثله كالمثلى من مال الآدمى ، ويعتبر قيمة المثل فى الحرم لانه يحل إحرامه ، ولا يجزىء إخراج القيمة لان الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليست القيمة منها ، والطعام المخرج هو الذى يخرج فى الفطرة وفدية الاذى وهو الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، ويحتمل أن يجزىء كل ما يسمى طعاما لدخوله فى إطلاق اللفظ ، ويعطى كل مسكين مداً من البر كما يدفع اليه فى كفارة اليمين ، فأما بقية الاصناف فنصف صاع لكل مسكين ، نص عليه أحمد . فقال فى إطعام المساكين فى الفدية ، وجزاء كفارة اليمين ان أطعم براً ، فمد طعام لكل مسكين ، وان أطعم تمراً فنصف صاع لكل مسكين ، وأطلق الخرقى لكل مسكين ولم يفرق ، والاولى أنه لا يجزىء من غير البر أقل من نصف صاع ، اذ لم يرد الشرع فى موضع بأقل من ذلك فى طعمة المساكين ، ولا توقيف فيه ، فيرد الى نظائره ، ولا يجزىء اخراج المساكين الحرم لان قيمة الهدى الواجب لهم فيكون أيضا لهم كقيمة المثلى من مال الآدمى

الفصل الرابع فى الصيام : فعن أحمد أنه يصوم عن كل مد يوما ، وهو ظاهر قول عطاء ومالك والشافعى ، لأنها كفارة دخلها الصيام والاطعام ، فكان اليوم فى مقابلة المد ككفارة الظهار ، وعن أحمد : أنه يصوم عن كل نصف صاع يوما ، وهو قول ابن عقيل والحسن والنخعى والثورى وأصحاب الرأى وابن المنذر ، قال القاضى : المسألة رواية واحدة ، واليوم عن مد بر أو نصف صاع من غيره وكلام أحمد فى الروايتين محمول على اختلاف الحالين ، لان صوم اليوم مقابل بإطعام المسكين واطعام المسكين مد بر أو نصف صاع من غيره ، ولان الله تعالى جعل اليوم فى كفارة الظهار فى مقابلة اطعام المسكين . فكذا ههنا ، وروى عن أبى ثور : أن جزاء الصيد من الطعام والصيام مثل كفارة الاذى ، وروى ذلك عن ابن عباس

ولنا أنه جزاء عن متلف فاختلف باختلافه كبدل مال الادمى ، واذا بقى ما لا يعدل كدون المد صام يوما كاملا كذلك قال عطاء والنخعى وحماد والشافعى وأصحاب الرأى ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، لان الصوم لا يتبعض فيجب تكميله ، ولا يجب التتابع فى الصيام ، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى . فإن الله تعالى

أمر به مطلقا ، فلا يتقيد بالتتابع من غير دليل ، ولا يجوز أن يصوم عن بعض الجزاء ويطعم عن بعض ، نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعي والثوري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وجوزه محمد ابن الحسن اذا عجز عن بعض الاطعام ، ولا يصح ، لأنها كفارة واحدة ، فلا يؤدى بعضها بالاطعام وبعضها بالصيام كسائر الكفارات .

(فصل) وما لا مثل له من الصيد يخير قاتله بين أن يشترى بقيمته طعاما فيطعمه للمساكين وبين أن يصوم ، وهل يجوز اخراج القيمة ؟ فيه احتمالان :

أحدهما : لا يجوز وهو ظاهر قول أحمد في رواية حنبل فإنه قال : اذا أصاب المحرم صيداً ولم يصب له عدلا يحكم به عليه قوّم طعاما ان قدر على طعام والا صام لكل نصف صاع يوما ، هكذا يروى عن ابن عباس ؛ ولانه جزاء صيد فلم يجز اخراج القيمة فيه كالذى له مثل ، ولان الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليس بها القيمة ، فإذا عدم أحد الثلاثة يبقى التخيير بين الشيئين الباقيين ؛ فأما ايجاب شيء غير المنصوص فلا .

الثاني : يجوز اخراج القيمة لان عمر رضى الله عنه قال لكعب « ما جعلت على نفسك ؟ قال : درهمين ؛ قال : اجعل ما جعلت على نفسك » وقال عطاء . في العصفور نصف درهم ؛ وظاهره اخراج الدراهم الواجبة :

« مسألة » قال ﴿ وكلما قتل صيداً حكم عليه ﴾

معناه أنه يجب الجزاء بقتل الصيد الثاني كما يجب عليه اذا قتله ابتداء ، وفي هذه المسألة عن أحمد ثلاث روايات .

احداهن . أنه يجب في كل صيد جزاء ، وهذا ظاهر المذهب ، قال أبو بكر هذا أولى القولين بأبي عبد الله . وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأى .

والثانية . لا يجب الا في المرة الاولى : روى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال شريح والحسن وسعيد بن جبير ومجاهد والنخعي وقتادة ، لان الله تعالى قال (ومن عاد فينتقم الله منه) ولم يوجب جزاء .

والثالثة . إن كفر عن الأول فعليه كفارة وإلا فلا شيء للثاني ، لأنها كفارة تجب بفعل محظور في الإحرام ، فيدخل جزاؤها قبل التكفير كاللبس والطيب .

ولنا أنها كفارة عن قتل ، فاستوى فيه المبتدىء والعائد ، كقتل الآدمي ، ولأنها بدل متلف يجب به المثل أو القيمة ، فأشبه بدل مال الادمي . قال أحمد : روى عن عمر وغيره أنهم حكموا في الخطأ وفيمن قتل ، ولم يسألوه : هل كان قتل قبل هذا أو لا ؟ وإنما هذا يعني لتخصيص الإحرام ومكانه . والايه اقتضت الجزاء على العائد بعمومها . وذكر العقوبة في الثاني لا يمنع الوجوب ، كما قال الله تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره الى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ما سلف وأمره إلى الله ، ولا يصح قياس جزاء الصيد على غيره ، ولأن جزاءه مقدر به ، ويختلف بصغره وكبره ، ولو أتلف صيدين معاً وجب جزاؤهما فكذلك إذا تفرقا بخلاف غيره من المحظورات

فصل

ويجوز إخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته ، نص عليه أحمد لأنها كفارة فجاز تقديمها على الموت : ككفارة قتل الادمي ، ولأنها كفارة فأشبهت كفارة الظهار واليمين .

« مسألة » قال ﴿ ولو اشترك جماعة في قتل صيد فعليهم جزاء واحد ﴾

يروى عن أحمد في هذه المسألة ثلاث روايات :

إحداهن أن الواجب جزاء واحد وهو الصحيح . ويروى هذا عن عمر بن الخطاب وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والزهري والنخعي والشعبي والشافعي وإسحاق

والثانية على كل واحد جزاء ، رواها ابن أبي موسى ؛ واختارها أبو بكر وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة . ويروى عن الحسن . لأنها كفارة قتل يدخلها الصوم ، أشبهت كفارة قتل الادمي

والثالثة ان كان صوما صام كل واحد صوما تاما ، وان كان غير ذلك فجزاء

واحد : وان كان أحدهما هدى والاخر صوم ، فعلى المهدى بحصته وعلى الاخر صوم تام ، لأن الجزاء ليس بكفارة وانما هو بدل ، بدليل أن الله تعالى عطف عليه الكفارة ، فقال تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) والصوم كفارة ككفارة قتل الادمى

ولنا قول الله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) والجماعة قد قتلوا صيداً فيلزمهم مثله والزائد خارج عن المثل فلا يجب ، ومتى ثبت اتخاذ الجزاء فى الهدى وجب اتخاذه فى الصيام ، لأن الله تعالى قال (أو عدل ذلك صياما) والاتفاق حاصل على أنه معدول بالقيمة ، اما قيمة المتلف واما قيمة مثله . فايجاب الزائد على عدل القيمة خلاف النص

وأيضا ما روى عمن سمينا من الصحابة أنهم قالوا كمذهبنا ، ولأنه جزاء عن مقتول يختلف باختلافه فكان واحداً كالدية ، أوكما لوكان القاتل واحداً أو بدل المحل فاتحدت باتحاده الدية ، وكفارة الادمى لنا فيها منع ، ولا يتبعض فى أبعاضه ولا يختلف باختلافه ، فلا يتبعض على الجماعة بخلاف مسألتنا

(فصل)

فإن كان شريك المحرم حلالا أو سبعا فلا شىء على الحلال ويحكم على الحرام ثم ان كان جرح أحدهما قبل صاحبه والسابق الحلال أو السبع فعلى المحرم جزاؤه مجروحا ، وان كان السابق المحرم فعليه جزاء جرحه على ما مضى ، وان كان جرحهما فى حال واحدة ففيه وجهان :

أحدهما على المحرم بقسطه ، كما لوكان شريكه محرما ، لأنه انما أتلف البعض

والثانى عليه جزاء جميعه ، لأنه تعذر ايجاب الجزاء على شريكه ، فأشبه ما لو كان أحدهما دالا والاخر مدلولا ، أو أحدهما ممسكا والاخر قاتلا ، فان الجزاء على المحرم أيهما كان لتعذر ايجاب الجزاء على الاخر

(فصل) وان اشترك حرام وحلال فى صيد حرمى فالجزاء بينهما نصفين لأن الاتلاف ينسب الى كل واحد منهما نصفه ، ولا يزداد الواجب على المحرم باجتماع حرمة الاحرام والحرم ، فيكون الواجب على كل واحد منهما النصف

وهذا الاشـــترك الذى هذا حكمه هو الذى يقع به الفعل منهما معاً ، وان سبق أحدهما صاحبه ، فحكمه ما ذكرناه فيما مضى .

(فصل) إذا أحرم الرجل وفى ملكه صيد لم يزل ملكه عنه ، ولا يده الحكمية مثل أن يكون فى بلده أو فى يد نائب له فى غير مكانه ، ولاشىء عليه إن مات وله التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما ومن غصبه لزمه رده ويلزمه إزالة يده المشاهدة عنه ، ومعناه اذا كان فى قبضته أو رحله أو خيمته أو قفص معه أو مربوطا بحبل معه لزمه إرساله ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى ، وقال الثورى : هو ضامن لما فى بيته أيضا ، وحكى نحو ذلك عن الشافعى .

وقال أبو ثور : ليس عليه ارسال مافى يده وهو أحد قولى الشافعى : لأنه فى يده ، أشبه ما لو كان فى يده الحكمية ؛ ولأنه لا يلزم من منع ابتداء الصيد المنع من استدامته بدليل الصيد فى الحرم .

ولنا على أنه لا يلزمه ازالة يده الحكمية أنه لم يفعل فى الصيد فعلا ، فلم يلزمه شىء كما لو كان فى ملك غـــيره ، وعكس هذا اذا كان فى يده المشاهدة ، فإنه فعل الإمساك فى الصيد فكان ممنوعا منه كحالة الابتداء ، فإن استدامة الامساك امساك بدليل أنه لو حلف لا يمسك شيئا فاستدام امساكه حنث .

اذا ثبت هذا : فإنه متى أرسله لم يزل ملكه عنه ، ومن أخذه رده اذا حل ، ومن قتله ضمنه له ، لأن ملكه كان عليه وازالة الأثر لا يزيل الملك ، بدليل الغصب والعارية ، فإن تلف فى يده قبل ارساله بعد امكانه ضمنه ، لأنه تلف تحت اليد العادية فلزمه الضمان ، كمال الآدمى ، وان كان قبل امكان الارسال فلا ضمان لأنه ليس بمفرط ولا متعد ، فإن أرسله انسان من يده فلا ضمان عليه ، لأنه فعل مايلزمه فعله : ولان اليد قد زال حكمها وحرمتها : فإن أمسكه حتى حل فملكه باق عليه ، لان ملكه لم يزل بالاحرام ، وانما زال حكم المشاهدة ، فصار كالعصير يتخمر ثم يتخلل قبل اراقته .

(فصل) ولا يملك المحرم الصيد ابتداء بالبيع ولا بالهبة ونحوهما من الاسباب فإن الصعب بن جثامة « أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً فرده عليه وقال « انا لم نرده عليك الا أنا حرم » فإن أخذه بأحد هذه الأسباب

ثم تلف فعليه جزاؤه ، وان كان مبيعا فعليه القيمة أو رده الى مالكه ، فإن أرسله فعليه ضمانه كما لو أتلفه ، وليس عليه جزاء وعليه رد المبيع أيضا ، ويحتمل أن يلزمه ارساله كما لو كان مملوكا له ، لانه لايجوز له اثبات يده المشاهدة على الصيد وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يسترد المحرم الصيد الذي باعه وهو حلال بخيار ولا عيب في ثمنه ولا غيرهما ، لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه : وان رده المشتري عليه بعيب أو خيار فله ذلك ، لأن سبب الرد متحقق ثم لا يدخل في ملك المحرم ويلزمه ارساله .

فصل

وان ورث المحرم صيداً ملكه ، لأن الملك بالارث ليس بفعل من جهته ، وانما يدخل في ملكه حكما ، اختار ذلك أو كرهه ، ولهذا يدخل في ملك الصبي والمجنون ويدخل به المسلم في ملك الكافر ، فجرى مجرى الاستدامة ، ويحتمل أن لا يملك به ، لأنه من جهات التملك ، فأشبه البيع وغيره ، فعلى هذا يكون أحق به من غير ثبوت ملكه عليه فإذا حل ملكه .

« مسألة » قال (ومن لم يقف بعرفة حتى طلع الفجر يوم النحر تحلل بعمرة وذبح : ان كان معه هدى ، وحج من قابل ، وأتى بدم)

الكلام في هذه المسألة في أربعة فصول :

الأول : أن آخر وقت الوقوف آخر ليلة النحر ، فمن لم يدرك الوقوف حتى طلع الفجر يومئذ فاته الحج لا نعلم فيه خلافا . قال جابر « لايفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع ، قال أبو الزبير فقلت له : أقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ؟ قال : نعم » رواه الأثرم بإسناده . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحج عرفة . فمن جاء قبل صلاة الفجر ليلة جمع فقد تم حجه » يدل على فواته بخروج ليلة جمع ، وروى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من وقف بعرفات بليل فقد أدرك الحج ، ومن فاته عرفات بليل فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل » رواه الدارقطني وضعفه .

الفصل الثاني : أن من فاته الحج يتحلل بطواف وسعي وحلاق ، هذا الصحيح

من المذهب ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وزيد بن ثابت وابن عباس وابن الزبير ومروان بن الحكم وهو قول مالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأي وقال ابن أبي موسى فى المسألة روايتان :

(إحداهما) كما ذكرنا (والثانية) يمضى فى حج فاسد وهو قول المزنى قال يلزمه جميع أفعال الحج ، لأن سقوط ما فات وقته لا يمنع مالم يفت ، ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان إجماعا ، وروى الشافعى فى مسنده أن عمر قال لأبى أيوب حين فاته الحج : اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حللت فإن أدركت الحج قابلا فحج واهد ما استيسر من الهدى ، وروى أيضا عن ابن عمر نحو ذلك ، وروى الأثرم بإسناده عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود حج من الشام فقدم يوم النحر فقال له عمر ماحبسك ؟ قال حسبت أن اليوم يوم عرفة قال فانطلق الى البيت فطف به سبعا وان كان معك هدية فانحرها ثم إذا كان عام قابل فاحجج فإن وجدت سعة فاهد ، فإن لم تجد فصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعت إن شاء الله تعالى .

وروى النجاد بإسناده عن عطاء : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من فاته الحج فعليه دم وليجعلها عمرة وليحج من قابل » ولأنه يجوز فسخ الحج الى العمرة من غير فوات فمع الفوات أولى .

إذا ثبت هذا فانه يجعل إحرامه بعمرة وهذا ظاهر كلام الخرقى ، ونص عليه أحمد واختاره أبو بكر ، وهو قول ابن عباس وابن الزبير وعطاء وأصحاب الرأى وقال ابن حامد : لا يصير إحرامه بعمرة بل يتحلل بطواف وسعى وحلق ، وهو مذهب مالك والشافعى ؛ لأن احرامه انعقد بأحد النسكين فلم ينقلب الى الآخر كما لو أحرم بالعمرة ، ويحتمل أن من قال يجعل إحرامه عمرة أراد به يفعل مافعل المعتمر وهو الطواف والسعى ولا يكون بين القولين خلاف ، ويحتمل أن يصير احرام الحج احراما بعمرة بحيث يجزئه عن عمرة الإسلام إن لم يكن اعتمر ولو أدخل الحج عليها لصار قارنا الا أنه لا يمكنه الحج بذلك الاحرام الا أن يصير محرما به فى غير أشهره فيصير كمن أحرم بالحج فى غير أشهره ؛ ولأن قلب الحج الى العمرة يجوز من غير سبب على ما قررناه فى فسخ الحج فمع الحاجة أولى ،

ويخرج على هذا قلب العمرة الى الحج ، فإنه لا يجوز ، ولأن العمرة لا يفوت وقتها فلا حاجة الى انقلاب إحرامها بخلاف الحج .

الفصل الثالث : أنه يلزمه القضاء من قابل ، سواء كان الفائت واجباً أو تطوعا روى ذلك عن عمر وابنه وزيد وابن عباس وابن الزبير ومروان ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى

وعن أحمد : لا قضاء عليه : بل إن كانت فرضا فعلها بالوجوب السابق ، وان كانت نفلا سقطت ، وروى هذا عن عطاء ، وهو إحدى الروايتين عن مالك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « لما سئل عن الحج أكثر من مرة قال : بل مرة واحدة » ولو أوجبنا القضاء كان أكثر من مرة ، ولأنه معذور فى ترك إتمام حجه فلم يلزمه القضاء كالمحرم ، ولأنها عبادة تطوع ، فلم يجب قضاؤها كسائر التطوعات .

ووجه الرواية الأولى : ما ذكرنا من الحديث وإجماع الصحابة ، وروى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من فاته عرفات فاته الحج فليحل بعمرة ، وعليه الحج من قابل » ولأن الحج يلزم بالشروع فيه فيصير كالمنذور ، بخلاف سائر التطوعات .

وأما الحديث فإنه أراد الواجب بأصل الشرع حجة واحدة . وهذه انما تجب بإيجابه لها بالشروع فيها كالمنذورة ، وأما المحصر فانه غير منسوب الى التفريط ، بخلاف من فاته الحج وإذا قضى أجزأه القضاء عن الحجة الواجبة ، لا نعلم فى هذا خلافا ، لأن الحجة المقضية لو تمت لأجزأت عن الواجبة عليه ، فكذلك قضاؤها لأن القضاء يقوم مقام الاداء .

الفصل الرابع : إن الهدى يلزم من فاته الحج فى أصح الروايتين ؛ وهو قول من سمينا من الصحابة والفقهاء ، الا أصحاب الرأى ، فانهم قالوا : لا هدى عليه وهى الرواية الثانية عن أحمد ، لانه لو كان الفوات سببا لوجوب الهدى للزم المحرم هديان للفوات والاحصار .

ولنا حديث عطاء وإجماع الصحابة ، ولانه حل من احرامه قبل اتمامه ، فلزمه هدى ، كالمحرم لم يفت حجه ، فانه يحل قبل فواته .

إذا ثبت هذا : فإنه يخرج الهدى فى سنة القضاء ، ان قلنا بوجوب القضاء ،

وإلا أخرجه فى عامه ، وإذا كان معه هـدى قد ساقه نحره ، ولا يجزئه إن قلنا بوجوب القضاء بل عليه فى السنة الثانية هدى أيضا نص عليه أحمد ، وذلك لحديث عمر الذى ذكرناه ، والهدى : ما استيسر ، مثل هدى المتعة ، لحديث عمر أيضا ، والمتمتع والمفرد والقارن والمكى وغيره سواء فيما ذكرنا ، لان الفوات يشمل الجميع

(فصل) فإن اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه ليحج من قابل ، فله ذلك روى ذلك عن مالك ، لأن تطاول المدة بين الاحرام وفعل النسك لا يمنع إتمامه كالعمرة والمحرم بالحج فى غير أشهره ، ويحتمل أنه ليس له ذلك .

وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ، ورواية عن مالك : لظاهر الخبر ، وقول الصحابة رضى الله عنهم ، لأن إحرام الحج يصير فى غير أشهره ، فصار كالمحرم بالعبادة قبل وقتها .

(فصل)

وإذا فات القارن الحج حل ، وعليه مثل ما أهل به من قابل ، نص عليه أحمد وهو قول مالك والشافعى وأبى ثور وإسحاق ، ويحتمل أن يجزئه مافعل عن عمرة الاسلام ، ولا يلزمه الا قضاء الحج ، لانه لم يفته غيره ، وقال أصحاب الرأى والثورى : يطوف ويسعى لعمرته ، ثم لا يحل حتى يطوف ويسعى لحجه ، إلا أن سفيان قال : ويهرق دما :

والوجه الاول : أن يجب القضاء على حسب الاداء فى صورته ومعناه ، فيجب أن يكون ههنا كذلك ، ويلزمه هديان هدى للقران وهدى فواته ، وبه قال مالك والشافعى ، وقيل : يلزمه هدى ثالث للقضاء ؛ وليس بشىء ، فإن القضاء لا يجب له هدى ، وانما يجب الهدى الذى فى سنة القضاء للفوات : وكذلك لم يأمره الصحابة بأكثر من هدى واحد ، والله أعلم .

(فصل) إذا أخطأ الناس العدد ، فوقفوا فى غير ليلة عرفة أجزأهم ذلك ، لما روى الدارقطنى بإسناده عن عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يوم عرفة الذى يعرّف فيه الناس » فإن اختلفوا فأصاب بعض وأخطأ بعض وقت الوقوف لم يجزئهم ، لانهم غير معذورين فى هذا

وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فطركم يوم تفطرون وأضحاكم يوم تضحون » رواه الدارقطني وغيره .

« مسألة » قال ﴿ وان كان عبداً لم يكن له أن يذبح ، وكان عليه أن يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما ثم يقصر ويحل ﴾

يعني أن العبد لا يلزمه هدي ، لانه لا مال له ، فهو عاجز عن الهدي ، فلم يلزمه كالمعسر ، وظاهر كلام الخرقي : أنه لو أذن له سيده في الهدي لم يكن له أن يهدي ولا يجزئه الا الصيام ، وهذا قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي . ذكره ابن المنذر عنهم في الصيد ، وعلى قياس هذا : كل دم لزمه في الاحرام لا يجزئه عنه الا الصيام ؛ وقال غير الخرقي : ان ملكه السيد هديا وأذن له في ذبحه خرج على الروايتين إن قلنا : إن العبد يملك بالتمليك لزمه أن يهدي ويجزيء عنه، لأنه قادر على الهدي ، مالك له ، فلزمه كالحر .

وان قلنا : لا يملك لم يجزئه الا الصيام ، لأنه ليس بمالك ، ولا سبيل له الى الملك ، فصار كالمعسر الذي لا يقدر على غير الصيام ، واذا صام فإنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما ، وينبغي أن يخرج فيه من الخلاف ماذكرناه في الصيد ومتى بقي من قيمتها أقل من مد صام عنه يوما كاملا ، لأن الصوم لا يتبعض ، فيجب تكميله كمن نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم في بعض النهار ، لزمه صوم يوم كامل ، والاولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام كصوم المتعة كما جاء في حديث عمر : أنه قال لهبار بن الاسود « فإن وجدت سعة فأهد ، فإن لم تجد سعة فصم ثلاثة أيام في الحج ، وسبعة اذا رجعت ان شاء الله تعالى » وروى الشافعي في مسنده عن ابن عمر مثل ذلك ، وأحمد ذهب الى حديث عمر واحتج به لانه صوم وجب لحله من احرامه قبل اتمامه ، فكان عشرة أيام ، كصوم المحرم ، والمعسر في الصوم كالعبد ولذلك قال عمر لهبار بن الأسود « ان وجدت سعة فأهد ، فإن لم تجد فصم » ويعتبر اليسار والاعسار في زمن الوجوب ، وهو في سنة القضاء ، ان قلنا بوجوبه ، أو في سنة الفوات ان قلنا لا يجب القضاء .

وقول الخرقي « ثم يقصر ويحل » يريد أن العبد لايحلق ههنا ولا في موضع آخر

لان الحلق إزالة الشعر الذي يزيد في قيمته وماليته ، وهو ملك لسيده ، ولم يتعين ازالته : فلم يكن له ازالته : كغير حالة الإحرام ، وان أذن له السيد في الحلق جاز لانه انما منع منه لحقه .

« مسألة » قال ﴿ واذا أحرمت المرأة لواجب لم يكن لزوجها منعها ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة اذا أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة وهي حجة الاسلام وعمرته أو المنذور منهما فليس لزوجها منعها من المضي فيها ، ولا تحليلها في قول أكثر أهل العلم ، منهم أحمد والنخعي واسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في أصح القولين له ، وقال في الآخر : له منعها ، لان الحج عنده على التراخي فلم يتعين في هذا العام ، وليس هذا بصحيح ، فان الحج الواجب يتعين بالشروع فيه فيصير كالصلاة اذا أحرمت بها في أول وقتها ، وقضاء رمضان اذا شرعت فيه ولان حق الزوج مستمر على الدوام ، فلو ملك منعها في هذا العام لملكه في كل عام فيفضي الى اسقاط أحد أركان الاسلام ، بخلاف العدة ، فانها لا تستمر ، فأما ان أحرمت بتطوع فله تحليلها ومنعها منه في ظاهر قول الخرقي ، وقال القاضي : ليس له تحليلها ، لأن الحج يلزم بالشروع فيه ، فلا يملك الزوج تحليلها كالحج المنذور

وحكى عن أحمد في امرأة تحلف بالصوم أو بالحج ولها زوج : لها أن تصوم بغير اذن زوجها ، ما تصنع ؟ قد ابتليت وابتلي زوجها .

ولنا أنه تطوع يفوت حق غيرها منها أحرمت به بغير اذنه ، فملك تحليلها منه كالأمة تحرم بغير اذن سيدها والمدينة تحرم بغير اذن غريمها على وجه يمنعه ايفاء دينه الحال عليها ، ولان العدة تمنع المضي في الاحرام لحق الله تعالى ، فحق الآدمي أولى لان حقه أضيق لشحه وحاجته وكرم الله تعالى وغناه ، وكلام أحمد لا يتناول محل النزاع ، وهو مخالف له من وجهين .

أحدهما : أنه في الصوم وتأثير الصوم في منع حق الزوج يسير ، فانه في النهار دون الليل ، ولو حلفت بالحج فله منعها ، لان الحج لا يتعين في نذر اللجاج والغضب بل هو مخير بين فعله والتكفير ، فله منعها منه قبل احرامها بكل حال بخلاف الصوم والثاني . أن الصوم اذا وجب صار كالمنذور ، بخلاف ما نحن فيه ، والشروع

هاهنا على وجه غير مشروع ، فلم يكن له حرمة بالنسبة الى صاحب الحق ، فأما ان كانت الحجة حجة الاسلام ، لكن لم تكمل شروطها لعدم الاستطاعة ، فإن له منعها من الخروج إليها والتلبس بها ، لأنها غير واجبة عليها ، وان أحرمت بغير إذنه لم يملك تحليلها ، لأن ما أحرمت به يقع عن حجة الاسلام الواجبة بأصل الشرع ، كالمريض إذا تكلف حضور الجمعة ، ويحتمل أن له تحليلها ، لأنه فقد شرط وجوبها ، فأشبهت حجة الأمة والصغيرة ، فإنها لما فقدت الحرية أو البلوغ ملك منعها . ولأنها ليست واجبة عليها ، فأشبهت سائر التطوع .

(فصل) وأما قبل الاحرام فليس للزوج منع امرأته من المضى الى الحج الواجب عليها إذا كملت شروطه وكانت مستطيعة ، ولها محرم يخرج معها ، لأنه واجب ، وليس له منعها من الواجبات كما ليس له منعها من الصلاة والصيام ، وان لم تكمل شروطه فله منعها من المضى اليه والشروع فيه ، ولانها تفوت حقه بما ليس بواجب عليها ، فملك منعها كمنعها من صيام التطوع ، وله منعها من الخروج الى الحج التطوع والاحرام به بغير خلاف ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم على أن للرجل منع زوجته من الخروج الى حج التطوع ، ولأنه تطوع يفوت حق زوجها ، فكان لزوجها منعها منه كالاعتكاف ، فإن أذن لها فيه فله الرجوع مالم تتلبس باحرامه ، فان تلبست بالاحرام لم يكن له الرجوع فيه ولا تحليلها منه لأنه يلزم بالشروع فصار كالواجب الأصلى ، فان رجع قبل إحرامها ثم أحرمت به فهو كمن لم يأذن ، واذا قلنا بتحليلها فحكمها حكم المحصر يلزمها الهدى ، فان لم تجد صامت ثم حلت .

(فصل) وان أحرمت بواجب لحلف زوجها بالطلاق الثلاث أن لا تحج العام فليس لها أن تحل لأن الطلاق مباح ، فليس لها ترك فرائض الله خوفاً من الوقوع فيه ، ونقل مهنا عن أحمد : أنه سئل عن هذه المسألة فقال قال عطاء : الطلاق هلاك ، هى بمنزلة المحصر .

وروى عن ابن منصور : أنه أفتى السائل أنها بمنزلة المحصر ، واحتج بقول عطاء فرواه ، والله أعلم ، ذهب الى هذا لأن ضرر الطلاق عظيم ، لما فيه من خروجها من بيتها ، ومفارقة زوجها وولدها ، وربما كان ذلك أعظم عندها من ذهاب مالها

وهلاك سائر أهلها ، ولذلك سماه عطاء هلاكا ، ولو منعها عدو من الحج إلا أن تدفع إليه مالها كان ذلك حصراً فههنا أولى ، والله أعلم .

(فصل وليس للوالد منع ولده من الحج الواجب ، ولا تحليله من إحرامه ، وليس للولد طاعته فى تركه لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا طاعة لمخلوق فى معصية الله تعالى » وله منعه من الخروج إلى التطوع فإن له منعه من الغزو ، وهو من فروض الكفايات ، فالتطوع أولى ، فإن أحرم بغير إذنه لم يملك تحليله لأنه واجب بالدخول فيه فصار كالواجب ابتداء أو كالمنذور .

« مسألة » قال ﴿ ومن ساق هديا واجبا فعطب دون محله صنع به ما شاء وعليه مكانه ﴾

الواجب من الهدى قسمان ، أحدهما : وجب بالنذر فى ذمته ، والثانى : وجب بغيره، كدم التمتع والقران والدماء الواجبة بترك واجب أو فعل محظور ، وجميع ذلك ضربان .

أحدهما : أن يسوقه ينوى به الواجب الذى عليه من غير أن يعينه بالقول فهذا لا يزول ملكه عنه إلا بذبحه ودفعه إلى أهله ، وله التصرف فيه بما شاء من بيع وهبة وأكل وغير ذلك . لأنه يتعلق حق غيره به وله نماؤه ، وإن عطب تلف من ماله ، وإن تعيب لم يجزئه ذبحه وعليه الهدى الذى كان واجبا ، فإن وجوبه فى الذمة ، فلا يبرأ منه إلا بإيصاله إلى مستحقه ، بمنزلة من عليه دين فحمله إلى مستحقه يقصد دفعه إليه فتلف قبل أن يوصله إليه .

الضرب الثانى : أن يعين الواجب عليه بالقول ، فيقول : هذا الواجب على فإنه يتعين الوجوب فيه من غير أن تبرأ الذمة منه لأنه لو أوجب هديا ولا هدى عليه متعين ، فإذا كان واجباً فعينه فكذلك إلا أنه مضمون عليه ، فإن عطب أو سرق أو ضل أو نحو ذلك لم يجزه ، وعاد الوجوب إلى ذمته كما لو كان لرجل عليه دين فاشترى به منه مكيلا فتلف قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين إلى ذمته ، ولأن ذمته لم تبرأ من الواجب بتعيينه ، وإنما تعلق الوجوب بمحل آخر فصار كالدين يضمنه ضامن أو يرهن به رهناً فإنه يتعلق الحق بالضامن ، والرهن مع بقائه فى ذمة

المدين ، فمتى تعذر استيفاؤه من الضامن أو تلف الرهن بقي الحق في الذمة بحاله ، وهذا كله لا نعلم فيه مخالفاً ، وإن ذبحه فسرق أو عطب فلا شيء عليه : قال أحمد : إذا نحر فلم يطعمه حتى سرق : لا شيء عليه فإنه إذا نحر فقد فرغ ، وبهذا قال الثوري وابن القاسم صاحب مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : عليه الإعادة لأنه لم يوصل الحق إلى مستحقه فأشبه ما لو لم يذبحه .

ولنا أنه أدى الواجب عليه فبرىء منه كما لو فرقه ، ودليل أنه أدى الواجب أنه لم يبق إلا التفرقة وليست واجبة بدليل أنه لو خلى بينه وبين الفقراء أجزأه ولذلك لما نحر النبي صلى الله عليه وسلم البدنات قال « من شاء اقتطع » وإذا عطب هذا المعين أو تعيب عيباً يمنع الاجزاء لم يجزه ذبحه عما في الذمة لأن عليه هديا سليما ولم يوجد وعليه مكانه ، ويرجع هذا الهدى الى ملكه فيصنع به ما شاء من أكل أو بيع وهبة وصدقة وغيره ، هذا ظاهر كلام الخرقي ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ونحوه عن عطاء ، وقال مالك : يأكل ويطعم من أحب من الأغنياء والفقراء ولا يبيع منه شيئا .

ولنا ما روى سعيد حدثنا سفيان عن عبد الكريم عن عكرمة عن ابن عباس قال « إذا أهديت هديا تطوعا فعطب فانحره ثم اغمس النعل في دمه ، ثم اضرب بها صفحته فإن أكلت أو أمرت به عرفت ، وإذا أهديت هديا واجباً فعطب فانحره ثم كله ان شئت ، وأهده ان شئت ، وبعه ان شئت ، وتقو به في هدي آخر » ولأنه متى كان له أن يأكل ويطعم الاغنياء فله أن يبيع لأنه ملكه ، وروى عن أحمد : أنه يذبح المعيب وما في ذمته جميعا ولا يرجع المعين الى ملكه لانه تعلق بحق الفقراء بتعيينه فلزم ذبحه كما لو عينه بنذره ابتداء .

﴿ فصل ﴾

وان ضل المعين فذبح غيره ثم وجده ، أو عين غير الضال بدلا عما في الذمة ، ثم وجد الضال ذبحهما معا ، روى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وفعلته عائشة . وبه قال مالك والشافعي واسحاق ويتخرج على قولنا فيما اذا تعيب الهدى فأبدله فإن له أن يصنع به ما شاء أو يرجع الى ملك أحدهما لأنه قد ذبح ما في الذمة فلم يلزمه شيء آخر ، كما لو عطب المعين وهذا قول أصحاب الرأي .

ووجه الاول : ماروى عن عائشة رضى الله عنها « أنها أهدت هديين فأضلتهما فبعث اليها ابن الزبير هديين فنحرتهما ثم عاد الضالان فنحرتهما ، وقالت : هذه سنة الهدى » رواه الدارقطنى ، وهذا ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه تعلق حق الله بهما بإيجابهما أو ذبح أحدهما وإيجاب الآخر .

(فصل) وان عين معيبا عما فى ذمته لم يجزه ولزمه ذبحه على قياس قوله فى الاضحية اذا عينها معيبة لزمه ذبحها ولم يجزه ، وان عين صحيحا فهلك أو تعيب بغير تفريطه لم يلزمه أكثر مما كان واجبا فى الذمة لان الزائد لم يجب فى الذمة : وانما تعلق بالعين فسقط بتلفها لأصل الهدى اذا لم يجب بغير التعيين ، وان أتلفه أو تلف بتفريطه لزمه مثل المعين لان الزائد تعلق به حق الله تعالى : واذا فوته لزمه ضمانه كالهدى المعين ابتداء .

(فصل) ويحصل الإيجاب بقوله : هذا هدى أو بتقليده واشعاره ناويا به الهدى : وبهذا قال الثورى واسحاق ، ولا يجب بالشراء مع النية ، ولا بالنية المجردة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : يجب بالشراء مع النية .

ولنا أنه ازالة ملك على وجه القربة فلم يجب بالنية كالعتق والوقف .

(فصل) اذا غصب شاة فذبحها عن الواجب عليه لم يجزه ، سواء رضى مالكها أو لم يرض ، أو عوضه عنها أو لم يعوضه ، وقال أبو حنيفة : يجزئه ان رضى مالكها .

ولنا أن هذا لم يكن قربة فى ابتدائه فلم يصر قربة فى أثنائه كما لو ذبحه للأكل ثم نوى به التقرب ، وكما لو أعتق ثم نواه عن كفارته .

« مسألة » قال (وان كان ساقه تطوعا نحره موضعه ، وخلى بينه وبين المساكين ، ولم يأكل منه هو ولا أحد من أهل رفقته ولا بدل عليه ،

وجملة ذلك أن من تطوع بهدى غير واجب لم يخل من حالين ،

أحدهما : أن ينوى به هديا ، ولا يوجب بلسانه ولا باشعاره وتقليده ، فهذا لا يلزمه امضاؤه ، وله أولاده ونماؤه والرجوع فيه متى شاء ، ما لم يذبحه لأنه نوى الصدقة بشيء من ماله فأشبه ما لو نوى الصدقة بدرهم .

الثانى : أن يوجب بلسانه فيقول : هذا هدى أو يقلده أو يشعره . ينوى بذلك إهداءه فيصير واجباً معينا يتعلق الوجوب بعينه دون ذمة صاحبه ، ويصير فى يدى صاحبه كالوديعة يلزمه حفظه وإيصاله إلى محله فإن تلف بغير تفريط منه أو سرق أو ضل لم يلزمه شىء لأنه لم يجب فى الذمة إنما تعلق الحق بالعين ، فسقط بتلفها كالوديعة ، وقد روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أهدى تطوعا ثم ضلت فليس عليه البدل ، إلا أن يشاء فإن كان نذراً فعليه البدل » وفى رواية قال « من أهدى تطوعا ثم عطب ، فإن شاء أبدل ، وإن شاء أكل ، وإن كان نذراً فليبدل » فأما إن أتلفه أو تلف بتفريطه فعليه ضمانه لأنه أتلف واجبا لغيره فضمنه كالوديعة ، وإن خاف عطبه أو عجز عن المشى وصحبة الرفاق نحره موضعه ، وخلى بينه وبين المساكين ، ولم يبح له أكل شىء منه ، ولا لأحد من صحابته ، وإن كانوا فقراء ، ويستحب له أن يضع نعل الهدى المقلد فى عنقه فى دمه ثم يضرب به صفحته ليعرفه الفقراء فيعلموا أنه هدى ، وليس بميتة فيأخذوه ، وبهذا قال الشافعى وسعيد بن جبير .

وروى عن ابن عمر « أنه أكل من هديه الذى عطب ولم يقض مكانه » وقال مالك : يباح لرفقته ولسائر الناس غير صاحبه أو سائقه ، ولا يأمر أحداً يأكل منه فان أكل أو أمر من أكل أو حز شيئا من لحمه ضمنه ، واحتج ابن عبدالبر لذلك بما روى هشام بن عروة عن أبيه عن ناجية بنت كعب صاحب بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « يا رسول الله . كيف أصنع بما عطب من الهدى ؟ قال : انحره ثم اغمس قلائده فى دمه . ثم اضرب بها صفحة عنقه ثم خل بينه وبين الناس » قال : وهذا أصح من حديث ابن عباس ، وعليه العمل عند الفقهاء ، ويدخل فى عموم قوله « وخل بينه وبين الناس » رفقته وغيرهم .

ولنا ما روى ابن عباس : أن ذؤيباً أبا قبيصة حدثه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث معه البدن ثم يقول : إن عطب منها شىء فخشيت عليها فانحرها ثم اغمس نعلها فى دمها ثم اضرب به صفحتها ، ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك » رواه مسلم ، وفى لفظ رواه الإمام أحمد « ويخليها والناس ولا يأكل منها

هو ولا أحد من أصحابه ، وقال سعيد : حدثنا اسماعيل ابن إبراهيم عن أبي التياح عن موسى بن سلمة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه بعث بثماني عشرة بدنة مع رجل وقال : إن ازدحف عليك منها شيء فانحرها ثم اصبغ نعلها في دمها ثم اضرب بها في صفحتها ولا تأكل أنت ولا أحد من أهل رفقتك » وهذا صحيح متضمن للزيادة ، ومعنى خاص ، فيجب تقديمه على عموم ما خالفه ، ولا تصح التسوية بين رفقته وبين سائر الناس ، لأن الإنسان يشفق على رفقته ويحب التوسعة عليهم وربما وسع عليهم من مؤنته ، وإنما منع السائق ورفقته من الأكل منها لئلا يقصر في حفظها فيعطبها ليأكل هو ورفقته منها فتلحقه التهمة في عطبها لنفسه ورفقته فحرموها لذلك ، فان أكل منها أو باع أو أطعم غنياً أو رفقته ، ضمنه بمثله لحما ، وإن أتلفها أو تلفت بتفريطه أو خاف عطبها فلم ينحرها حتى هلكت فعليه ضمانها بما يوصله إلى فقراء الحرم لأنه لا يتعذر عليه إيصال الضمان إليهم بخلاف العاطب ؛ وإن أطعم منها فقيراً أو أمره بالأكل منها فلا ضمان عليه لأنه أوصله الى المستحق فأشبه ما لو أطعم فقيراً بعد بلوغه ، وإن تعيب ذبحه وأجزأه . وقال أبو حنيفة : لا يجزئه الا أن يحدث العيب به بعد اضجاعه للذبح .

ولنا أنه لو عطب لم يلزمه شيء ، فالعيب أولى لأن العطب يذهب بجميعه والعيب ينقصه ، ولأنه عيب حدث بعد وجوبه فأشبه ما لو حدث بعد اضجاعه ، وان تعيب بفعل آدمي فعليه ما نقصه من القيمة يتصدق به ، وقال أبو حنيفة : يباع جميعه ويشترى هدي . وبنى ذلك على أنه لا يجزىء ، وقد بينا أنه يجزىء .

﴿ فصل ﴾

واذا أوجب هديا فله ابداله بخير منه وبيعه ليشترى بثمنه خيراً منه ، نص عليه أحمد ، وهو اختيار أكثر الأصحاب ، ومذهب أبي حنيفة ، وقال أبو الخطاب : يزول ملكه عنه ، وليس له بيعه ولا ابداله ، وهو قول مالك والشافعي ، لأنه حق متعلق بالرقبة ، ويسرى الى الولد . فمنع البيع كالاستيلاد ، ولأنه لا يجوز له ابداله بمثله فلم يجز بخير منه كسائر ما لا يجوز بيعه .

ووجه الأول : أن النذور محمولة على أصولها فى الفرض وهو الزكاة يجوز فيها الابدال كذلك هذا ، ولأنه لو زال ملكه لم يعد اليه بالهلاك كسائر الأملاك اذا زالت ، وقياسهم ينتقض بالمدبرة يجوز بيعها ، وقد دل على جواز بيع المدبر « أن النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً » أما ابدالها بمثلها أو دونها فلم يجز لعدم الفائدة فى ذلك .

(فصل) اذا ولدت الهدية فولدها بمنزلتها ان أمكن سوقه والا حمله على ظهرها وسقاه من لبنها . فان لم يمكن سوقه ولا حمله صنع به ما يصنع بالهدى اذا عطب ، ولا فرق فى ذلك بين ما عينه ابتداء وبين ما عينه بدلا عن الواجب فى ذمته ، وقال القاضى فى المعين بدلا عن الواجب : يحتمل أن لا يتبعها ولدها لأن ما فى الذمة واحد ، فلا يلزمه اثنان . والصحيح : أنه يتبع أمه فى الوجوب لأنه ولد هدى واجب فكان واجبا كالمعين ابتداء ، وقال المغيرة بن حذف « أتى رجل عليا ببقرة قد أولدها . فقال له : لا تشرب من لبنها الا ما فضل عن ولدها ، فاذا كان يوم الأضحى ضحيت بها وولدها عن سبعة » رواه سعيد والاثرم ، وان تعيبت المعينة عن الواجب فى الذمة وقلنا بذبحها ذبح ولدها معها لأنه تبع لها ، وان قلنا يبطل تعيينها وتعود الى مالكها احتمل أن يبطل التعيين فى ولدها تبعا كنمائها المتصل بها ، واحتمل أن لا يبطل ويكون للفقراء لأنه تبعها فى الوجوب حال اتصاله بها ولم يتبعها فى زواله لأنه منفصل عنها كولد المبيع المعيب اذا ولد عند المشترى ثم رده لم يبطل البيع فى ولده ، والمدبرة اذا قتلت سيدها فبطل تدبيرها لا يبطل فى ولدها .

فصل

وللمهدى شرب لبن الهدى لأن بقاءه فى الضرع يضر به ، فاذا كان ذا ولد لم يشرب الا ما فضل عن ولده لما ذكرنا من خبر على رضى الله عنه ، فان شرب ما يضر بالام أو ما لا يفضل عن الولد ضمنه لانه تعدى بأخذه ، وان كان صوفها يضر بها بقاؤه جزه وتصدق به على الفقراء . والفرق بينه وبين اللبن أن الصوف كان موجوداً حال ايجابها . فكان واجبا معها . واللبن متجدد فيها شيئا فشيئا فهو كنفعها وركوبها .

(فصل) وله ركوبه عند الحاجة على وجه لا يضر به ، قال أحمد . لا يركبه الا عند الضرورة ، وهو قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأى ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اركبها بالمعروف إذا ألجئت اليها حتى تجد ظهراً » رواه أبو داود ، ولأنه تعلق بها حق المساكين ، فلم يجز ركوبها من غير ضرورة كملكهم ، فأما مع عدم الحاجة ففيه روايتان ، إحداهما . لا يجوز لما ذكرنا والثانية : يجوز لما روى أبو هريرة وأنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال : اركبها ، فقال . يا رسول الله إنها بدنة ، فقال : اركبها ، ويلك — فى الثانية أو فى الثالثة » متفق عليه .

فصل

ولا يبرأ من الهدى الا بذبحه أو نحره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه فان نحره بنفسه أو وكل من نحره أو نحره إنسان بغير إذنه فى وقته أجزأ عنه ، وان دفعه الى الفقراء سليما فنحروه أجزأ عنه ، لأنه حصل المقصود بفعلهم فأجزأه كما لو ذبحه غيرهم ، وان لم ينحروه فعليه أن يسترده منهم وينحره ، فان لم يفعل أو لم يقدر فعليه ضمانه ، لأنه فوته بتفريطه فى دفعه اليهم سليما .

(فصل) ويستحب للمهدى أن يتولى نحر الهدى بنفسه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه بيده ، وروى عن غرفة بن الحارث الكندى قال « شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع وأتى بالبدن فقال . ادع لى أبا الحسن فدعى له على ، فقال له : خذ بأسفل الحربة ، وأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بأعلاها ، ثم طعنا بها البدن » رواه أبو داود ، وإنما فعلا ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أشرك عليا فى بدنه .

وقال جابر « نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا وستين بدنة بيده ، ثم أعطى علياً فنحر ما غبر » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نحر خمس بدنات ثم قال : من شاء اقتطع » رواه أبو داود ، فان لم يذبح بيده فالمستحب أن يشهد ذبحها ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة « احضرى أضحيتك يغفر لك بأول قطرة من دمها » ويستحب أن يتولى تفريق اللحم بنفسه ، لأنه

أحوط وأقل للضرر على المساكين ، وان خلى بينه وبين المساكين جاز لقوله عليه السلام « من شاء اقتطع » .

(فصل) ويباح للفقراء الاخذ من الهدى إذا لم يدفعه اليهم بأحد شيئين .

أحدهما : الاذن فيه لفظا ، كما قال النبي (ص) « من شاء اقتطع » .

والثاني : دلالة على الاذن كالتخلية بينهم وبينه ، وقال الشافعي فى أحد قوليه لا يباح الا باللفظ ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لسائق البدن « اصبغ نعلها فى دمها واضرب به صفحتها » دليل على أن ذلك وشبهه كاف من غير لفظ ولولا ذلك لم يكن هذا مفيداً .

« مسألة » قال (ولا يأكل من كل واجب إلا من هدى التمتع)

المذهب : أنه يأكل من هدى التمتع والقران دون ما سواهما ، نص عليه أحمد ولعل الخرقى ترك ذكر القران ، لانه متعة أو اكتفى بذكر المتعة ، لأنهما سواء فى المعنى فان سببهما غير محظور ، فأشبها هدى التطوع ، وهذا قول أصحاب الرأى وعن أحمد : أنه لا يأكل من المنذور وجزاء الصيد ، ويأكل مما سواهما ، وهو قول ابن عمر وعطاء والحسن واسحاق ، لأن جزاء الصيد بدل ، والنذر جعله لله تعالى بخلاف غيرهما .

وقال ابن أبى موسى . لا يأكل أيضا من الكفارة ويأكل مما سوى هذه الثلاثة ونحوه مذهب مالك ، لأن ما سوى ذلك لم يسمه للمساكين ولا مدخل للاطعام فيه ، فأشبه التطوع ، وقال الشافعي : لا يأكل من واجب لانه هدى وجب بالاحرام فلم يجز الاكل منه كدم الكفارة .

ولنا أن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم تمتعن معه فى حجة الوداع وأدخلت عائشة الحج على العمرة ، فصارت قارنة ، ثم ذبح عنهن النبي صلى الله عليه وسلم البقرة ، فأكلن من لحومها .

قال أحمد : قد أكل من البقرة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث عائشة خاصة ، وقالت عائشة « ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر من لم يكن معه هدى إذا طاف بالبيت أن يحل ، فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت : ما هذا ؟ فقيل :

ذبح النبي صلى الله عليه وسلم عن أزواجه ، وروى أبو داود وابن ماجه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذبح عن آل محمد فى حجة الوداع بقرة ، وقال ابن عمر « تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة الى الحج فساق الهدى من ذى الحليفة » متفق عليه ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر من كل بدنة ببضعة ، فجعلت فى قدر فأكل هو وعلى من لحمها ، وشربا من مرقها » رواه مسلم ، ولأنهما دما نسك فأشبها التطوع ، ولا يؤكل من غيرهما ، لأنه يجب بفعل محظور ، فأشبه جزاء الصيد

فصـــل

فأما هدى التطوع وهو ما أوجبه بالتعيين ابتداء من غير أن يكون عن واجب فى ذمته ، وما نحره تطوعا من غير أن يوجبه ، فيستحب أن يأكل منه لقول الله تعالى (فكلوا منها) وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أكل من بدنه ، وقال جابر « كنا لا نأكل من بدننا فوق ثلاث : فرخص لنا النبي صلى الله عليه وسلم فقال : كلوا وتزودوا : فأكلنا وتزودنا » رواه البخارى وان لم يأكل فلا بأس ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر البدنات الخمس قال « من شاء اقتطع » ولم يأكل منهن شيئاً ، والمستحب : أن يأكل اليسير منها ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وله الأكل كثيراً والتزود ، كما جاء فى حديث جابر ، وتجزئه الصدقة باليسير منها كما فى الأضحية فإن أكلها ضمن المشروع للصدقة منها كما فى الأضحية

(فصل) وان أكل منها ما منع من أكله ضمنه بمثله لحما ، لأن الجميع مضمون عليه بمثله حيوانا ، فكذلك أبعاضه ، وكذلك ان أعطى الجازر منها شيئاً ضمنه بمثله ، وان أطعم غنيا منها على سبيل الهدية جاز كما يجوز له ذلك فى الأضحية ، لأن ما ملك أكله ملك هديته ، وان باع شيئا منها أو أتلفه ضمنه بمثله لأنه ممنوع من ذلك ، فأشبه عطيته للجازر ، وان أتلف أجنبى منه شيئا ضمنه بقيمته ، لأن المتلف من غير ذوات الأمثال فلزمته قيمته كما لو أتلف لحما لآدمى معين .

(فصل) والهدى الواجب بغير النذر ينقسم قسمين ، منصوص عليه ، ومقيس على المنصوص ، فأما المنصوص عليه فأربعة ، اثنان على الترتيب ، والواجب فيهما ما استيسر من الهدى ، وأقله شاة ، أو سبع بدنة .

أحدهما دم المتعة . قال الله تعـالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ، فمن لم يجـد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعتم)

الثانى دم الإحصار ، قال الله تعالى (فما استيسر من الهدى) وهو على الترتيب أيضا ، إن لم يجـده انتقل إلى صيام عشرة أيام ، وإنما وجب ترتيبه لأن الله تعالى أمر به معيناً من غير تخيير فاقتضى تعيينه الوجوب ، وأن لا ينتقل عنه إلا عند العجز كسائر الواجبات المعينة ، فإن لم يجده انتقل الى صيام عشرة أيام بالقيـاس على دم المتعة ، إلا أنه لا يحل حتى يصومها ، وهذا قول الشافعى

وقال مالك وأبو حنيفه . لا بدل له لأنه لم يذكر فى القرآن وهـذا لا يلزم ، فإن عدم ذكره لا يمنع قياسـه على نظيره ، واثنان مخيران : أحدهما فدية الأذى ، قال الله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) الثانى جزاء الصيد . وهو على التخيير أيضا بقوله تعالى (فمن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الـكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما)

القسم الثانى : ما ليس بمنصوص عليه ، فيقاس على أشبه المنصوص عليه به ، فهدى المتعة وجب للترفه بترك أحد السفرين وقضائه النسكين فى سفر واحـــد ، ويقاس عليه أيضا دم الفوات ، فيجب عليه مثل دم المتعة ، وبدله مثل بدله ، وهو صيام عشرة أيام الا أنه لا يمكن أن يكون ثلاثة قبل يوم النحر ، لأن الفوات إنما يكون بفوات ليلة النحر لأنه ترك بعض ما اقتضاه إحرامه ، فصار كالتارك لأحد السفرين . فإن قيل فهلا ألحقتموه بهدى الاحصار فإنه أشبه به إذ هو حلال من إحرامه قبل إتمامه . قلنا أما الهدى فهما فيه سواء ، وأما البدل فإن الاحصار ليس بمنصوص على البدل فيه ، وإنما يثبت قياسـا ، فقياس هذا على الأصل المنصوص عليه أولى من قياسه على فرعه ، على أن الصيام ههنا مثل الصيام عن دم الاحصار ، وهو عشرة أيام أيضا ، إلا أن صيام الاحصار يجب أن يكون قبل حله ، وهـذا يجوز فعله قبل حله وبعده ، وهو أيضا مقارن لصوم المتعة : لأن الثلاثة فى المتعة يستحب أن يكون آخرها يوم عرفة . وهذا يكون بعد فوات عرفة . والخرقى إنما جعل الصوم عن هدي الفوات ، مثل الصوم عن جزاء الصيد عن كل مد يوماً .

والمروى عن عمر وابنه مثل ما ذكرنا ، ويقاس عليه أيضا كل دم وجب لترك واجب كدم القران وترك الإحرام من الميقات والوقوف بعرفة إلى غروب الشمس والمبيت بمزدلفة والرمى والمبيت ليالى منى بها وطواف الوداع ، فالواجب فيه ما استيسر من الهدى فإن لم يجد فصيام عشرة أيام ، وأما من أفسد حجه بالجماع فالواجب فيه بدنة بقول الصحابة المنتشر الذى لم يظهر خلافه فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع كصيام المتعة ، كذلك قال عبد الله بن عمر وعبد الله ابن عباس وعبد الله بن عمرو ، رواه عنهم الأثرم ولم يظهر فى الصحابة خلافهم ، فيكون إجماعا ، فيكون بدله مقيسا على بدل دم المتعة ، وقال أصحابنا : يقوم البدنة بدراهم ثم يشترى بها طعاما فيطعم كل مسكين مداً أو يصوم عن كل مد يوما فتكون ملحقة بالبدنة الواجبة فى جزاء الصيد ، ويقاس على فدية الأذى ما وجب بفعل محظور يترفه به كتقليم الأظافر واللبس والطيب ، وكل استمتاع من النساء يوجب شاة كالوطء فى العمرة أو فى الحج بعد رمى الجمرة فإنه فى معنى فدية الأذى من الوجه الذى ذكرناه فيقاس عليه ويلحق به ، فقد قال ابن عباس لامرأة وقع عليها زوجها قبل أن تقصر « عليك فدية من صيام أو صدقه أو نسك » رواه الأثرم .

« مسألة » قال ﴿ وكل هدى أو إطعام فهو لمساكين الحرم ، إن قدر على ايصاله اليهم ، الا من أصابه أذى من رأسه فيفرقه على المساكين فى الموضع الذى حلق فيه ﴾

أما فدية الأذى فتجوز فى الموضع الذى حلق فيه نص عليه أحمد ، وقال الشافعى : لا يجوز الا فى الحرم لقوله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق)

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر كعب بن عجرة بالفدية بالحديبية » ولم يأمر ببعثه الى الحرم ، وروى الأثرم واسحاق والجوزجانى فى كتابيهما عن أبى أسماء مولى عبد الله ابن جعفر قال « كنت مع عثمان وعلى وحسين بن على رضى الله عنهم حجاجا ، فاشتكى حسين بن على بالسقيا ، فأومأ بيده الى رأسه فحلقه على ونحر عنه جزورا بالسقيا » هذا لفظ رواية الأثرم ، ولم يعرف لهم مخالف ، والآية وردت فى الهدى ، وظاهر كلام الخرقى اختصاص ذلك بفدية الشعر ، وما عداه

من الدماء فبمكة ، وقال القاضى : فى الدماء الواجبة بفعل محظور كاللباس والطيب : هى كدم الحلق وفى الجميع روايتان ، احداهما : يفدى حيث وجدسببه : والثانية : محل الجميع الحرم ، وأما جزاء الصيد فهو لمساكين الحرم ، نص عليه أحمد ، فقال . أما ما كان بمكة : أو كان من الصيد فكل بمكة لأن الله تعالى قال (هديا بالغ الكعبة) وما كان من فدية الرأس فحيث حلقه ، وذكر القاضى فى قتل الصيد رواية أخرى : أنه يفدى حيث قتله ، وهذا يخالف نص الكتاب ، ونص الإمام أحمد فى التفرقه بينه وبين حلق الرأس فلا يعول عليه ، وما وجب لترك نسك أو فوات فهو لمساكين الحرم دون غيرهم لأنه هدى وجب لترك نسك فأشبه هدى القران : وان فعل المحظور لغير سبب يبيحه فذكر ابن عقيل : أنه يختص ذبحه وتفرقة لحمه بالحرم كسائر الهدى .

(فصل) وما وجب نحره بالحرم وجب تفرقة لحمه به وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك وأبو حنيفة : اذا ذبحها فى الحرم جاز تفرقة لحمها فى الحل .

ولنا أنه أحد مقصودى النسك فلم يجز فى الحل كالذبح ، ولأن المعقول من ذبحه بالحرم التوسعة على مساكينه ، وهذا لا يحصل باعطاء غيرهم ، ولأنه نسك يختص بالحرم فكان جميعه مختصا به كالطواف وسائر المناسك .

(فصل والطعام كالهدى يختص بمساكين الحرم فيما يختص الهدى ، وقال عطاء والنخعى : ما كان من هدى فبمكة ، وما كان من طعام وصيام فحيث شاء ، وهذا يقتضيه مذهب مالك وأبى حنيفة .

ولنا قول ابن عباس : الهدى والطعام بمكة والصوم حيث شاء ، ولأنه نسك يتعدى نفعه الى المساكين فاختص بالحرم كالهدى .

(فصل) ومساكين أهل الحرم من كان فيه من أهله أو وارد اليه من الحاج وغيرهم وهم الذين يجوز دفع الزكاة اليهم ، ولو دفع الى من ظاهره الفقر فبان غنيا خرج فيه وجهان كالزكاة ، وللشافعى فيه قولان ، وما جاز تفريقه بغير الحرم لم يجز دفعه الى فقراء أهل الذمة ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وجوزه أصحاب الرأى .

ولنا أنه كافر فلم يجز الدفع اليه كالحربى .

(فصل) واذا نذر هديا وأطلق فأقل ما يجزيه شاة أو سبع بدنة أو بقرة ، لان المطلق فى النذر يجب حمله على المعهود شرعا ، والهدى الواجب فى الشرع انما هو من النعم : وأقله ما ذكرناه ، فحمل عليه : ولهذا لما قال الله تعالى فى المتعة (فما استيسر من الهدى) حمل على ما قلنا فإن اختار اخراج بدنة كاملة فهو أفضل وهل تكون كلها واجبة ؟ على وجهين :

أحدهما : تكون واجبة : اختاره ابن عقيل . لانه اختار الاعلى لأداء فرضه فكان كله واجباً كما لو اختار الاعلى من خصال كفارة اليمين أو كفارة الوطء فى الحيض .

الثانى : يكون سبعها واجباً والباقى تطوعا له أكله وهديته لان الزائد على السبع يجوز تركه من غير شرط ولا بدل فأشبه ما لو ذبح شاتين وان عين الهدى بشىء لزمه ما عينه وأجزأه ، سواء كان من بهيمة الانعام أو من غيرها ، وسواء كان حيوانا أو غيره مما ينقل أو مما لا ينقل فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من راح - يعنى الى الجمعة - فى الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح فى الساعه الخامسه فكأنما قرب بيضه » فذكر الدجاجه والبيضه فى الهدى ، وعليه ايصاله الى فقراء الحرم لانه سماه هديا وأطلق فيحمل على محل الهدى المشروع ، وقد قال الله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق)) فان كان مما لا ينقل كالعقار باعه وبعث ثمنه الى الحرم فيتصدق به فيه .

(فصل وان نذر هديا مطلقا أو معينا وأطلق مكانه وجب عليه ايصاله الى مساكين الحرم ، وجوز أبو حنيفه ذبحه حيث شاء ؛ كما لو نذر الصدقه بشاة .

ولنا قوله تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق ولان النذر يحمل على المعهود شرعا والمعهود فى الهدى الواجب بالشرع كهدى المتعه والقران وأشباهها أن ذبحها يكون فى الحرم ، كذا ههنا ، وان عين نذره بموضع غير الحرم لزمه ذبحه به وتفرقة لحمه على مساكين الحرم ، واطلاقه لهم ، لما روى أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال « انى نذرت أن أنحر ببوانه ، قال : أبها صنم ؟ قال : لا ، قال : أوف بنذرك » رواه أبو داود ، وان نذر الذبح بموضع به صنم أو شىء من أمر الكفر أو المعاصى ، كبيوت النار أو الكنائس والبيع وأشباه ذلك لم يصح نذره

بمفهوم هذا الحديث ، ولانه نذر معصية فلا يوفى به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نذر فى معصية الله تعالى ولا فيما لا يملك ابن آدم » وقوله « من نذر أن يعصى الله فلا يعصه » .

(فصل) وقول الخرقى « إن قدر على ايصاله اليهم » يدل على أن العاجز عن ايصاله لا يلزمه ايصاله ، فإن الله لا يكلف نفسا الا وسعها ، فان منع الناذر الوصول بنفسه وأمكنه تنفيذه لزمه ، قال ابن عقيل : اذا حصر عن الخروج خرج فى ذبح هذا الهدى المنذور فى موضع حصره روايتان ، كدماء الحج ، واختار أن الصحيح جواز ذبحه فى موضع حصره لأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر هديه بالحديبية .

والثانية : ان أمكن ارساله مع غيره ، فلا يجوز له ذبحه فى موضعه لانه أمكنه ايصال المنذور الى محله فلزمه كغير المحصور .

« مسألة » قال ﴿ وأما الصيام فيجزئه بكل مكان ﴾

لا نعلم فى هذا خلافا . كذلك قال ابن عباس وعطاء والنخعى وغيرهم ، وذلك لان الصيام لا يتعدى نفعه الى أحد فلا معنى لتخصيصه بمكان ، بخلاف الهدى والإطعام فان نفعه يتعدى الى من يعطاه .

(فصل) ويسن تقليد الهدى وهو أن يجعل فى أعناقها النعال وآذان القرب وعراها أو علاقة اداوة ، وسواء كانت ابلا أو بقراً أو غنما ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا يسن تقليد الغنم لانه لو كان سنة لنقل كما نقل فى الإبل ،

ولنا أن عائشة قالت « كنت أفتل القلائد للنبي صلى الله عليه وسلم فيقلد الغنم ويقيم فى أهله حلالا » وفى لفظ « كنت أفتل قلائد الغنم للنبي صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ، ولانه هدى فيسن تقليده كالإبل ، ولأنه اذا سن تقليده الإبل مع امكان تعريفها بالاشعار فالغنم أولى ، وليس التساوى فى النقل شرطا لصحة الحديث ، ولانه كان يهدى الابل أكثر فكثر نقله .

(فصل) ويسن اشعار الإبل والبقر ، وهو أن يشق صفحة سنامها الايمن حتى يدميها فى قول عامة أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : هذا مثلة غير جائز ، لان

النبي (ص) نهى عن تعذيب الحيوان ولأنه إيلام فهو كقطع عضو منه ، وقال مالك : ان كانت البقرة ذات سنام فلا بأس بإشعارها والا فلا

ولنا ما روت عائشة رضى الله عنها قالت « فتلت قلائد هدى النبي (ص) ثم أشعرها وقلدها » متفق عليه ، رواه ابن عباس وغيره وفعله الصحابة فيجب تقديمه على عموم ما احتجوا به ، ولأنه ايلام لغرض صحيح فجاز ، كالكي والوسم والفصد والحجامة ، والغرض أن لا تختلط بغيرها وأن يتوقاها اللص ، ولا يحصل ذلك بالتقليد لأنه يحتمل أن ينحل ويذهب . وقياسهم منتقض بالكى والوسم ، وتشعر البقرة لأنها من البدن فتشعر كذات السنام ، وأما الغنم فلا يسن اشعارها لأنها ضعيفة وصوفها وشعرها يستر موضع اشعارها .

اذا ثبت هذا فالسنة الاشعار فى صفحتها اليمنى ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال مالك وأبو يوسف : بل تشعر فى صفحتها اليسرى . وعن أحمد مثله ، لأن ابن عمر فعله .

ولنا ما روى ابن عباس « أن النبي (ص) صلى بذى الحليفة ثم دعا ببدنة وأشعرها من صفحة سنامها الأيمن ، وسلت الدم عنها بيده » رواه مسلم . وأما ابن عمر فقد روى عنه كمذهبنا ، رواه البخارى ، ثم فعل النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قول ابن عمر وفعله بلا خلاف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يعجبه التيمن فى شأنه كله » . واذا ساق الهدى من قبل الميقات استحب اشعاره وتقليده من الميقات ، لحديث ابن عباس ، وان ترك الاشعار والتقليد فلا بأس ، لأن ذلك غير واجب

(فصل ولا يسن الهدى الا من بهيمة الانعام ، لقول الله تعالى ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وأفضله الإبل ثم البقر ثم الغنم ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكأنما قرب بدنة ، ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا أقرن ، ومن راح فى الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة : ومن

راح فى الساعة الخامسه فكأنما قرب بيضة » متفق عليه . وقال ابن عباس لامرأة أصابها زوجها فى العمرة « عليك فدية من صيام أو صدقة أو نسك ، قالت أى النسك أفضل ؟ قال ان شئت فناقة ، وان شئت فبقرة ، قالت أى ذلك أفضل ؟ قال انحرى ناقة » رواه الاثرم ، ولان ما كان أكثر لحما كان أنفع للفقراء ، ولذلك أجزأت البدنة مكان سبع من الغنم ، والشاة أفضل من سبع بدنة . لان لحمها أطيب والضأن أفضل من المعز لذلك

(فصل) والذكر والانثى فى الهدى سواء ، وممن أجاز ذكران الابل ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومالك وعطاء والشافعى . وعن ابن عمر أنه قال « ما رأيت أحدا فاعلا ذلك ، وان أنحر أنثى أحب الىّ » والاول أولى ، لأن الله تعالى قال (والبدن جعلناها لكم من شعائر الله) ولم يذكر ذكراً ولا أنثى ، وقد ثبت أن النبى (ص) أهدى جملا لابى جهل فى أنفه برة من فضة » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولانه يجوز من سائر أنواع بهيمة الانعام ، ولذلك قال النبى (ص) « فكأنما قرب كبشا أقرن » فكذلك من الابل ، ولان القصد اللحم ولحم الذكر أوفر ولحم الانثى أرطب فيتساويان . قال أحمد : الخصى أحب الينا من النعجة وذلك لان لحمه أوفر وأطيب

« مسألة » قال ﴿ ومن وجبت عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم أجزأه ﴾

ظاهر هذا أن سبعا من الغنم يجزىء عن البدنة مع القدرة عليها ، سواء كانت البدنة واجبة بنذر أو جزاء صيد أو كفارة وطء . وقال ابن عقيل : انما يجزىء ذلك عنها عند عدمها فى ظاهر كلام أحمد ، لان ذلك بدل عنها فلا يصار اليه مع وجودها كسائر الابدال ، فأما مع عدمها فيجوز ، لما روى ابن عباس قال « أتى النبى (ص) رجل فقال : ان علىّ بدنة وأنا موسر لها ولا أجدها فأشتريها ؟ فأمره النبى (ص) أن يبتاع سبع شياه فيذبحهن » رواه ابن ماجه

ولنا أن الشاة معدولة بسُبع بدنة ؛ وهى أطيب لحما : فإذا عدل عن الادنى الى الاعلى جاز ، كما لو ذبح بدنة مكان شاة

(فصـــل)

ومن وجب عليه سبع من الغنم فى جزاء الصيد لم يجزئه بدنة فى الظاهر ، لأن سبعا من الغنم أطيب لحما ، فلا يعدل عن الأعلى الى الأدنى ، وان كان ذلك فى كفارة محظور أجزأه بدنة ، لأن الدم الواجب فيه ما استيسر من الهدى ، وهو شاة أو سبع بدنة ، وقد كان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يتمتعون فيذبحون البقرة عن سبعة قال جابر « كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها » وفى لفظ « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نشترك فى الإبل والبقر كل سبعة منا فى بدنة » رواه مسلم .

(فصل) ومن وجبت عليه بقرة أجزأته بدنة : لأنها أكثر لحما وأوفر ويجزئه سبع من الغنم ، لأنها تجزىء عن البدنة ، فعن البقرة أولى ، ومن لزمه بدنة فى غير النذر وجزاء الصيد أجزأته بقرة ، لما روى أبو الزبير عن جابر قال « كنا ننحر البدنة عن سبعة ، فقيل له : والبقرة ؟ فقال : وهل هى إلا من البدن ؟ » فأما فى النذر : فقال ابن عقيل : يلزمه ما نواه ، فإن أطلق فعنه روايتان .

إحداهما : تجزئه البقرة ، لما ذكرنا من الخبر .

والأخرى : لا تجزئه الا أن يعدم البدنة ، وهذا قول الشافعى ، لأنها بدل فاشترط عدم المبدل ، والأولى أولى للخبر ، ولأن ما أجزأ عن سبعة فى الهدايا ودم المتعة أجزأ فى النذر بلفظ البدنة كالجزور .

(فصل) ويجوز أن يشترك السبعة فى البدنة والبقرة ، ســـواء كان واجبا أو تطوعا ، وســـواء أراد جميعهم القربة أو بعضهم وأراد الباقون اللحم ، وقال مالك : لا يجوز الاشتراك فى الهدى .

وقال أبو حنيفة : يجوز إذا كانوا متقربين كلهم ، ولا يجوز إذا لم يرد بعضهم القربة ، وحديث جابر يرد قول مالك

ولنا على أبى حنيفة : أن الجزء المجزى لا ينقص بإرادة الشريك غير القربة ، فجاز كما لو اختلفت جهات القرب فأراد بعضهم المتعة والآخر القران ، ويجوز أن يقتسموا اللحم لان القسمة إفراز حق وليست بيعا .

«مسألة» قال (وما لزم من الدماء فلا تجزىء الا الجذع من الضأن والثنى من غيره)

هذا فى غير جزاء الصيد . فأما جزاء الصيد فمنه جفرة وعناق وجدى وصحيح ومعيب ، وأما فى غيره مثل هدى المتعة وغـيره فلا يجزىء إلا الجذع من الضأن وهو الذى له ستة أشهر ، والثنى من غيره : وثنى المعز ماله سنة ، وثنى البقر له سنتان ، وثنى الابل له خمس سنين ، وبهذا قال مالك والليث والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال ابن عمر والزهرى : لا يجزىء الا الثنى من كل شىء ، وقال عطاء والاوزاعى : يجزىء الجذع من الكل الا المعز .

ولنا على الزهرى : ما روى عن أم بلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز الا الجذع من الضأن أضحية » وعن عاصم بن كليب قال « كنا مع رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له : مجاشع من بنى سليم فعزت الغنم ، أمر مناديا فنادى : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول : ان الجذع يوفى ماتوفى منه الثنية » وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعا من الضأن » رواهن ابن ماجه ، وروى حديث جابر مسلم وأبو داود ، وهذا حجة على عطاء والأوزاعى ، وحديث أبى بردة بن نيار حين قال « يا رسول الله ، ان عندى عناقا جذعا هى خير من شاتى لحم ؟ فقال : تجزئك ولا تجزىء عن أحد بعدك » أخرجه أبو داود والنسائى ، وفى لفظ « ان عندى داجنا جذعة من المعز » قال أبو عبيد الهروى ، قال ابراهيم الحربى . انما يجزىء الجذع من الضأن فى الاضاحى لأنه ينزو فيلقح ، فإذا كان من المعز لم يلقح حتى يصير ثنيا .

(فصل ويمنع من العيوب فى الهدى مايمنع فى الاضحية ، قال البراء بن عازب « قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسـلم فقال : أربع لا تجوز فى الاضاحى: العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ظلعها ، والكسيرة التى لا تنقى ، قال قلت : إنى أكره أن يكون فى السن نقص ، قال : ما كرهت فدعه ولا تحرمه على أحد » رواه أبو داود والنسائى ، وبهذا قال عطاء ، قال . أما الذى سمعناه فالاربع ، وكل شىء سـواهن جائز ، ومعنى قوله « البين عورها »

أى انخسفت عينها وذهبت ، فإن ذلك ينقصها ، لأن شحمة العين عضو مستطاب فلو كان على عينها بياض ولم تذهب العين جازت التضحية بها ، لأن ذلك لا ينقصها فى اللحم ، والعرجاء البين عرجها التى عرجها متفاحش يمنعها السير مع الغنم ومشاركتهن فى العلف ويهزلها ، والتى لا تنقى التى لا مخ فيها لهزالها .

والمريضة قيل هى الجرباء ، لأن الجرب يفسد اللحم ، وظاهر الحديث : أن كل مريضة مرضاً يؤثر فى هزالها أو فى فساد لحمها يمنع التضحية بها ، وهذا أولى لتناول اللفظ له والمعنى ، فهذه الأربع لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى منعها ، ويثبت الحكم فيما فيه نقص أكثر من هذه العيوب بطريق التنبيه ، فلا تجوز العمياء ؛ لأن العمى أكثر من العور ، ولا يعتبر مع العمى انخساف العين ، لانه يخل بالمشى مع الغنم ، والمشاركة فى العلف أكثر من إخلال العرج ، ولا يجوز ما قطع منها عضو مستطاب كالالية ، لان ذلك أبلغ فى الإخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين ، فأما العضباء وهى ما ذهب نصف أذنها أو قرنها فلا تجزىء ، وبه قال أبو يوسف ومحمد فى عضباء الأذن ، وعن أحمد لا تجزىء ماذهب ثلث أذنها ، وبه قال أبو حنيفة ، وروى عن على وعمار وسعيد بن المسيب والحسن تجزىء المكسورة القرن ، لان ذهاب ذلك لا يؤثر فى اللحم ، فأجزأت كالجماء ، وقال مالك : ان كان يدمى لم يجز وإلا جاز .

ولنا ما روى على رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بأعضب الأذن والقرن » رواه النسائى وابن ماجه : قال قتادة : فسألت سعيد بن المسيب فقال : نعم ، العضب النصف فأكثر من ذلك ، ويحمل قول على رضى الله عنه ومن وافقه على أن كسر ما دون النصف لا يمنع .

(فصل) ويجزىء الخصى سواء كان ممن قطعت خصيتاه أو مسلولا ، وهو الذى سلت بيضتاه أو موجوءاً ، وهو الذى رضت بيضتاه ، لأن النبى (ص) « ضحى بكبشين أملحين موجوءين » والمرصوص كالمقطوع ، لأن ذلك العضو غير مستطاب وذهابه يؤثر فى سمنه ، وكثرة اللحم وطيبه ، وهو المقصود ولا نعلم فى هذا خلافا : وتجزىء الجماء وهى التى لم يخلق لها قرن .

وحكى عن ابن حامد : أنها لا تجزىء لأن عدم القرن أكثر من ذهاب نصفه

والأولى أنها تجزىء ، لأن القرن ليس بمقصود ، ولا ورد النهى عما عدم فيه وتجزىء الصمعاء وهى التى لم يخلق لها آذن أو خلقت لها أذن صغيرة كذلك ، وتجزىء البتراء وهى مقطوعة الذنب كذلك .

فصل

ويكره أن يضحى بمشقوقة الاذن أو ماقطع منها شيء أو ما فيها عيب من هذه العيوب التى لا تمنع الاجزاء ، لقول على رضى الله عنه « أمرنا أن نستشرف العين والأذن ، ولا يضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء ، قال زهير قلت : لأبى إسحاق ما المقابلة ؟ قال : يقطع طرف الأذن ، قلت : فما المدابرة ؟ قال : يقطع مؤخر الاذن ، قلت . فما الخرقاء ؟ قال : يشق الاذن ، قلت : فما الشرقاء ؟ قال : يشق أذنها السمه » رواه أبو داود والنسائى .

قال القاضى : الخرقاء التى انثقبت أذنها والشرقاء التى تشق أذنها وتبقى كالشاختين وهذا نهى تنزيه ، ويحصل الاجزاء بها ، لا نعلم فى هذا خلافا .

(فصل) يستحب لمن أتى مكة أن يطوف بالبيت ، لان الطواف بالبيت صلاة والطواف أفضل من الصلاة والصلاة بعد ذلك يروى عن ابن عباس قال « الطواف لكم يا أهل العراق والصلاة لأهل مكة » وقال عطاء : الطواف للغرباء والصلاة لاهل البلد ، قال : ومن الناس من يقول يزور البيت كل يوم من أيام منى ، ومنهم من يختار الاقامة بمنى لأنها أيام منى ، واحتج أبو عبد الله بحديث أبى حسان عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفيض كل ليلة » .

(فصل) ويستحب لمن حج أن يدخل البيت ويصلى فيه ركعتين ، كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم ولا يدخل البيت بنعليه ، ولا خفيه ولا الحجر أيضاً ، لان الحجر من البيت ، ولا يدخل الكعبة بسلاح ؛ قال : وثياب الكعبة اذا نزعت يتصدق بها ، وقال : اذا أراد أن يستشفى بشيء من طيب الكعبة فليأت بطيب من عنده ، فليلزقه على البيت ثم يأخذه ، ولا يأخذ من طيب البيت شيئا ، ولا يخرج من تراب الحرم ، ولا يدخل فيه من الحل ، كذلك قال عمر وابن عباس

رضى الله عنهما ، ولا يخرج من حجارة مكة وترابها إلى الحل ، والخروج أشد إلا أن ماء زمزم أخرجه كعب .

(فصل) قال أحمد : كيف لنا بالجوار بمكة . قال النبي (ص) « إنك لأحب البقاع إلى الله عز وجل ، ولولا إنى أخرجت منك ما خرجت » وإنما كره الجوار بمكة لمن هاجر منها ، وجابر بن عبد الله جاور بمكة ، وجميع أهل البلاد ومن كان من أهل اليمن ليس بمنزلة من يخرج ويهاجر ، أى لا بأس به ، وابن عمر كان يقيم بمكة . قال والمقام بالمدينة أحب إلىّ من المقام بمكة لمن قوى عليه : لأنها مهاجر المسلمين ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يصبر أحد على لأوائها وشدتها إلا كنت له شفيعا يوم القيامة »

(فصل) ويستحب زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم ، لما روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حج فزار قبرى بعد وفاتى فكأنما زارنى فى حياتى » وفى رواية « من زار قبرى وجبت له شفاعتى » رواه باللفظ الأول سعيد ثنا حفص بن سليمان [1] عن ليث عن مجاهد عن ابن عمر وقال أحمد فى رواية عبد الله عن يزيد بن قسيط عن أبى هريرة أن النبي (ص) قال « ما من أحد سلم علىّ عند قبرى [2] إلا رد الله على روحى حتى أرد عليه السلام »

وإذا حج الذى لم يحج قط يعنى من غير طريق الشام لا يأخذ على طريق المدينة لأنى أخاف أن يحدث به حدث ، فينبغى أن يقصد مكة من أقصد الطرق ولا يتشاغل بغيره ، ويروى عن العتبي قال : كنت جالسا عند قبر النبي (ص)

---

(١) حفص هذا منكر الحديث ضعفوه وتركوه ، كما قال أحمد والبخارى ومسلم والنسائى وغيرهم : بل كذبه بعضهم . فأقل مايقال فى هذا الحديث أنه ضعيف منكر

(٢) رواه أبو داود بدون زيادة عند قبرى ، وأشار السيوطى فى الجامع الصغير إلى ضعفه . ولكن صححه بعضهم بشواهد له وآفته أبو صخر حميد بن زياد الخراط اختلفوا فيه . قيل ضعيف . وقيل لا بأس به . والروايتان عن أحمد وغيره ، وقد انفرد به ، وما ينفرد به مثله لا يكون صحيحا البتة . كتبه محمد رشيد رضا

ومن أراد الانصاف فليرجع الى كتاب الصارم المنكى . وقد طبعناه حديثا

لجاء أعرابي فقال : السلام عليك يا رسول الله ، سمعت الله يقول (ولو أنهم اذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما) وقد جئتك مستغفراً لذنبي مستشفعا بك الى ربي ثم أنشأ يقول :

يا خير من دفنت بالقاع أعظمه ... فطاب من طيبهن القاع والأكم
نفسي الفداء لقبر أنت ساكنه ... فيه العفاف وفيه الجود والكرم

ثم انصرف الأعرابي فحملتني عيني فنمت فرأيت النبي (ص) في النوم فقال : ياعتبي الحق الأعرابي فبشره أن الله قد غفر له [١] ،

ويستحب لمن دخل المسجد أن يقدم رجله اليمنى ثم يقول : بسم الله والصلاة على رسول الله ، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد واغفر لي وافتح لي أبواب رحمتك ، واذا خرج قال مثل ذلك . وقال وافتح لي أبواب فضلك ، لما روى عن فاطمة بنت رسول الله (ص) ورضى الله عنها ، أن رسول الله (ص) علمها أن تقول ذلك اذا دخلت المسجد ،

ثم تأتي القبر فتولى ظهرك القبلة وتستقبل وسطه وتقول « السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام عليك يا نبي الله وخيرته من خلقه ، أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أشهد أنك قد بلغت رسالات ربك ونصحت لأمتك ودعوت الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وعبدت الله حتى أتاك اليقين ، فصلى الله عليك كثيرا كما يحب ربنا ويرضى ، اللهم أجز عنا نبينا أفضل ما جزيت أحداً من النبيين والمرسلين ، وابعثه المقام المحمود الذي وعدته ، يغبطه به الأولون والآخرون ، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وآل ابراهيم انك حميد مجيد ، وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وآل ابراهيم انك حميد مجيد ، اللهم انك قلت وقولك الحق (ولو أنهم اذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما) وقد أتيتك مستغفرا من ذنوبي مستشفعا بك

---

(١) زاد بعضهم بشفاعتي ، قال صاحب الصارم المنكي : هذه الحكاية لا يصح لها سند عن العتبي ولا هي مما يحتج به .

إلى ربي ، فأسألك يا رب أن توجب لى المغفرة كما أوجبتها لمن أتاه فى حياته ، اللهم اجعله أول الشافعين وأنجح السائلين وأكرم الآخرين والأولين برحمتك يا أرحم الراحمين .

ثم يدعو لوالديه ولاخوانه وللمسلمين أجمعين ، ثم يتقدم قليلا ويقول السلام عليك يا أبا بكر الصديق السلام عليك يا عمر الفاروق السلام عليكما يا صاحبي رسول الله صلى الله عليه وسلم وضجيعيه ووزيريه ورحمة الله وبركاته ، اللهم اجزهما عن نبيهما وعن الاسلام خيرا سلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار ، اللهم لا تجعله آخر العهد من قبر نبيك صلى الله عليه وسلم ومن حرم مسجدك يا أرحم الراحمين .

(فصل)

ولا يستحب التمسح بحائط قبر النبي صلى الله عليه وسلم ولا تقبيله ، قال أحمد ما أعرف هذا ، قال الأثرم : رأيت أهل العلم من أهل المدينة لا يمسون قبر النبي صلى الله عليه وسلم يقومون من ناحية فيسلمون ، قال أبو عبد الله وهكذا كان ابن عمر يفعل ، قال أما المنبر فقد جاء فيه يعني ما رواه إبراهيم بن عبد الرحمن ابن عبد القارىء أنه نظر إلى ابن عمر وهو يضع يده على مقعد النبي صلى الله عليه وسلم من المنبر ثم يضعها على وجهه .

(فصل) ويستحب لمن رجع من الحج أن يقول ما روى البخاري عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا قفل من غزو أو حج أو عمرة يكبر على كل شرف من الأرض ثم يقول « لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، آيبون تائبون عابدون : لربنا حامدون صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده .

كتاب البيوع

البيع . مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا ، واشتقاقه : من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والاعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه ، أى يصافحه عند البيع ، ولذلك سمى البيع صفقة ، وقال بعض أصحابنا : هو الايجاب والقبول ، إذا تضمن عينين للتمليك ، وهو حد قاصر لخروج بيع المعاطاة منه ، ودخول عقود سوى البيع فيه .

والبيع جائز بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب : فقول الله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) وروى البخارى عن ابن عباس قال « كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقا فى الجاهلية ، فلما كان الاسلام تأثموا فيه فأنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعنى فى مواسم الحج ، وعن الزبير نحوه .

وأما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » متفق عليه ، وروى رفاعة « أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى ، فرأى الناس يتبايعون ، فقال : يا معشر التجار ، فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه ، فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ؛ وروى أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء » قال الترمذى : هذا حديث حسن — فى أحاديث كثيرة سوى هذه .

وأجمع المسلمون على جواز البيع فى الجملة ، والحكمة تقتضيه لأن حاجة الانسان تتعلق بما فى يد صاحبه ، وصاحبه لا يبذله بغير عوض ؛ ففى شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما الى غرضه ودفع حاجته .

(فصل) والبيع على ضربين :

أحدهما : الايجاب والقبول ، فالايجاب أن يقول : بعتك أو ملكتك ، أو

لفظ يدل عليهما ، والقبول : أن يقول : اشتريت ، أو قبلت ونحوهما . فإن تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضى ، فقال : ابتعت منك ، فقال : بعتك صح ، لأن لفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به فصح كما لو تقدم الايجاب ، وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : بعنى ثوبك ، فقال : بعتك ، ففيه روايتان :

احداهما : يصح كذلك ، وهو قول مالك والشافعى .

والثانية : لا يصح ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع . فلم يصح اذا تقدم ، كلفظ الاستفهام ، ولأنه عقد عرى عن القبول . فلم ينعقد كما لو لم يطلب ، وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضى : روايتين أيضا فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام ، مثل أن يقول : أتبيعنى ثوبك بكذا ؟ فيقول بعتك لم يصح بحال ، نص عليه أحمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقبول واستدعاء .

الضرب الثانى : المعاطاة ، مثل أن يقول ، أعطنى بهذا الدينار خبزاً ، فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول . خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه ، فهذا بيع صحيح ، نص عليه أحمد ، فيمن قال لخباز . كيف تبيع الخبز ؟ قال كذا بدرهم : قال . زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه ، وقول مالك نحو من هذا فإنه قال . يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا ، وقال بعض الحنفية : يصح فى خسائس الأشياء ، وحكى عن القاضى مثل هذا قال . يصح فى الأشياء اليسيرة دون الكبيرة ، ومذهب الشافعى رحمه الله . أن البيع لا يصح إلا بالايجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا .

ولنا أن الله أحل البيع ، ولم يبين كيفيته ؛ فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه فى القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما ، وبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم ؛ ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه ، مع كثرة وقوع البيع بينهم ، استعمال الايجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك فى بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى

فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما : ولم يخف حكمه لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال بالباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولأن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك إجماعا ، وكذلك الحكم فى الايجاب والقبول فى الهبة والهدية والصدقة ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة . متفق عليه

وروى البخارى عن أبي هريرة قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أتى بطعام سأل عنه . أهدية أم صدقة ؟ فإن قيل صدقة ، قال لأصحابه ، كلوا ، ولم يأكل ، وإن قيل . هدية ضرب بيده وأكل معهم » وفى حديث سلمان حين جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال « هذا شيء من الصدقة ، رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه . كلوا ولم يأكل ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة . وهذا شيء أهديته لك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم . بسم الله وأكل » ولم ينقل قبول ولا أمر بإيجاب : وانما سأل ليعلم . هل هو صدقة أو هدية ؟ وفى أكثر الاخبار لم ينقل ايجاب ولا قبول : وليس الا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته ، ولو كان الايجاب والقبول شرطا فى هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة ، وأكثر أموالهم محرمة ، ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة على التراضى : فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما ، وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه .

خيار المتبايعين

أى باب خيار المتبايعين لحذف اختصارا .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما ﴾

في هذه المسألة ثلاثة فصول .

أحدها . أن البيع يقع جائزاً : ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ماداما مجتمعين لم يتفرقا : وهو قول أكثر أهل العلم : يروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة : وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال مالك وأصحاب الرأي . يلزم العقد بالايجاب والقبول ، ولا خيار لهما لانه روى عن عمر رضى الله عنه « البيع صفقة أو خيار » ولانه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع .

ولنا ما روى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وقال (ص) « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » رواه الائمة كلهم ، ورواه عبدالله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم ابن حزام وأبو برزة الاسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمر وابن جريج والليث بن سعد ويحيى ابن سعيد وغيرهم ، وهو صريح في حكم المسألة ، وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث ، مع روايته له وثبوته عنده ، وقال الشافعي رحمه الله لا أدري هل اتهم مالك نفســـه أو نافعاً ؟ وأعظم أن أقول . عبد الله بن عمر ، وقال ابن أبي ذئب . يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث .

فإن قيل . المراد بالتفرق ههنا التفرق بالاقوال كما قال تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالاقوال والاعتقادات .

قلنا هذا باطل لوجوه .

منها . أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه اذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد انما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه . الثاني . أن هذا يبطل فائدة الحديث ، اذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في انشائه واتمامه أو تركه .

الثالث : أنه قال فى الحديث « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار » فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما وقال « وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » .

الرابع : أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله . فإنه كان إذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع ، وتفسير أبي برزة له بقوله له على مثل قولنا ، وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه ، وقول عمر « البيع صفقة أو خيار » معناه : إن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار ، وبيع لم يشترط فيه ، سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه ، فإنه قد روى عنه أبو إسحاق الجوزجانى مثل مذهبنا ، ولو أراد ما قالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، فلا حجة فى قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر إذا بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم رجع عن قوله . فكيف يعارض قوله بقوله ؟ على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة ، وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ، ولا يصح قياس البيع على النكاح لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد رؤية ونظر وتمكث ، فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولأن فى ثبوت الخيار فيه مضرة ، لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد ، وذهاب حرمتها بالرد ، وإلحاقها بالسلع المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية ، والحكم فى هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ، ووهاء ما ذكره المخالف فى مقابلته والله أعلم .

الفصل الثانى : أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه . ولا خلاف فى لزومه بعد التفرق ، والمرجع فى التفرق الى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقا لأن الشارع علق عليه حكما ولم يبينه فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس ، كالقبض والإحراز ، فإن كانا فى فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبأن يمشى أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات ، وقيل : هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذى يتكلم به فى العادة ، قال أبو الحارث : سئل أحمد عن تفرقة الأبدان ؟ فقال : اذا أخذ هذا كذا وهذا كذا فقد تفرقا ، وروى مسلم عن نافع قال « فكان ابن عمر اذا بايع فأراد أن لا يقيله مشى هنيهة ثم رجع » وان كانا فى دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة : أن يفارقه من بيت الى بيت ، أو الى مجلس أو صفة ،

أو من مجلس الى بيت أو نحو ذلك . فإن كانا فى دار صغيرة فإذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه ، وإن كانا فى سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشي وإن كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر فى أسفلها ، وهذا كله مذهب الشافعى ، فإن كان المشترى هو البائع ، مثل أن يشترى لنفسه من مال ولده ، أو اشترى لولده من مال نفسه ، لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفى العقد فلم يثبت له خيار ، كالشفيع ، ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لأن الافتراق لا يمكن ههنا ، لكون البائع هو المشترى ومتى حصل التفرق لزم العقد قصدا ذلك أو لم يقصداه ، علماه أو جهلاه . لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد . ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد لأنه فارقه باختياره ، ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ، ولو أقاما فى المجلس وسدلا بينهما ستراً ، أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا . فالخيار بحاله ، وإن طالت المدة لعدم التفرق ، وروى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن أبى الوضى قال « غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا ، فباع صاحب لنا فرساً بغلام ، ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما ، فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم ، فأتى الرجل وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله (ص) فأتيا أبا برزة فى ناحية العسكر ، فقالا له : هذه القصة . فقال : أترضيان أن أقضى بينكما بقضاء رسول الله (ص) ؟ قال رسول الله (ص) « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ما أراكما افترقتما » فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ، ولأنه لا يعتبر رضاه فى مفارقة صاحبه له ، فكذلك فى مفارقته لصاحبه ، وقال القاضى : لا ينقطع الخيار لأنه حكم علق على التفرق ، فلم يثبت مع الاكراه ، كما لو علق عليه الطلاق ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار : إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه ، كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ، ويكون الخيار للمكره منهما فى المجلس الذى يزول عنه فيه الاكراه حتى يفارقه ، وإن أكرها جميعاً انقطع خيارهما . لأن كل

واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه ، وذكر ابن عقيل من صور الاكراه : ما لو رأيا سبعاً أو ظالماً خشياه فهربا فزعا منه ، أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما .

(فصـــل)

وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه . فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه ، وهذا مذهب الشافعي . وإن مات أحدهما بطل خياره . لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضاً . لأنه يبطل بالتفرق ، والتفرق بالموت أعظم ، ويحتمل أن لا يبطل لأن التفرق بالأبدان لم يحصل فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً :

(فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » رواه النسائي والأثرم والترمذي وقال : حديث حسن . وقوله « إلا أن تكون صفقة خيار » يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقهما ، ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتاً بعد تفرقهما ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار . فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق ، وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع ، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم . فإنه ذكر له فعل ابن عمر ، وحديث عمرو بن شعيب ، فقال : هذا الآن قول النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد : جواز ذلك . لأن ابن عمر « كان إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه » متفق عليه ، والأول أصح ، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا ، ولو علمه لما خالفه .

الفصل الثالث : أن ظاهر كلام الخرقي : أن الخيار يمتد إلى التفرق ، ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » من غير تقييد

ولا تخصيص . هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزة ، وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر .

والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير . اختارها الشريف ابن أبي موسى . وهذا مذهب الشافعي وهو أصح ، لقول النبي (ص) في حديث ابن عمر « فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » يعني لزم . وفي لفظ « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع » متفق عليه ، والأخذ بالزيادة أولى ، والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد ، فالتخاير في ابتدائه أن يقول : بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك فلا يكون لهما خيار ، والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد : اخترت إمضاء العقد أو إلزامه ، أو اخترت العقد أو أسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين ، وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده ، كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر

وقال أصحاب الشافعي : في التخاير في ابتداء العقد قولان ، أظهرهما لا يقطع الخيار لأنه إسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين ، بناء على الشروط الفاسدة

ولنا قوله عليه السلام « فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وقوله « إلا أن يكون البيع كان عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار وجب البيع » وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ما خالفه ، ولأن ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنا للعقد كاشتراط الخيار ، ولأنه أحد الخيارين في البيع ، فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط .

وقولهم انه إسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك ، فإن سبب الخيار البيع المطلق . فأما البيع مع التخاير فليس بسبب له ، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه . وأما الشفيع فإنه أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد بخلاف مسألتنا ، فإن قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئا ، فالساكت منهما على خياره لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره . وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره ، لما روى ابن عمر أن النبي (ص قال « البيعان

بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر ، رواه البخارى وأبو داود والنسائى . ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر فيه ، كما لو جعل لزوجته الخيـــار فلم تختر شيئا ، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار ، والاول أولى لظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لغيره ، ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك ، فإذا لم تقبل سقط ، وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا ، إنما كان إسقاطا فسقط .

« مسألة » قال ﴿ فإن تلفت السلعة أو كان عبداً فأعتقه المشترى ، أو مات بطل الخيار ﴾

أما اذا تلفت السلعة فى مدة الخيار فلا يخلو إما أن تكون قبل القبض أو بعده ، فإن كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع ، وكان من مال البائع ولا أعلم فى هــذا خلافا ، إلا أن يتلفه المشترى فيكون من ضمانه ويبطل خياره ، وفى خيار البائع روايتان ، وان كان المبيع غير المكيل والموزون ولم يمنع البائع المشترى من قبضه ، فظاهر المذهب أنه من ضمان المشترى ويكون كتلفه بعد القبض ، وأما ان تلف المبيع بعد القبض فى مدة الخيار فهو من ضمان المشترى ويبطل خياره ، وفى خيار البائع روايتان

إحداهما يبطل ؛ وهو اختيار الخرقى وأبى بكر ، لانه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب

والرواية الثانية لا يبطل والبائع أن يفسخ ويطالب المشترى بقيمته . وهــذا اختيار القاضى وابن عقيل ، لقول النبى (ص) « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ولانه خيار فسخ فلم يبطل بتلف المبيع ، كما لو اشترى ثوبا بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيبا ، فإنه يرده ويرجع بقيمة ثوبه ، كذا ههنا . وأما اذا أعتقه المشترى فإن خياره يبطل لانه أتلفه ، وفى بطلان خيار البائع روايتان ، كما لو تلف المبيع ، وخيار المجلس وخيار الشرط فى هذا كله سواء

(فصل) ومتى تصرف المشترى فى المبيع فى مدة الخيار تصرفا يختص الملك بطل خياره ، كإعتاق العبد وكتابته وبيعه وهبته ووطء الجارية أو مباشرتها أو لمسها لشهوة ، ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجة أو سفر أو حمله عليها أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع وقصل منه . فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع ويبطل به خياره ، لان الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء وبدلالته . ولذلك يبطل خيار المعتقة بتمكينها الزوج من وطئها وقال لها رسول الله (ص) « ان وطئك فلا خيار لك » وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى

فأما ركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فليس برضا بالمبيع ولا يبطل خياره . لان ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختبار المبيع . وذكر أبو الخطاب وجها فى أن تصرف المشترى لا يبطل خياره . ولا يبطل إلا بالتصريح بالرضا . ولا يصح . لان هذا يتضمن إجازة البيع ويدل على الرضا به . فبطل به الخيار كصريح القول . ولان التصريح إنما أبطل الخيار لدلالته على الرضا به . فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات الطلاق تقوم مقام صريحه ، وان عرضه على البيع أو باعه بيعا فاسداً أو عرضه على الرهن أو غيره من التصرفات أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره . لان ذلك يدل على الرضا به

قال أحمد : اذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه وجب عليه حين عرضه . وان استخدم المشترى المبيع ففيه روايتان

إحداهما لا يبطل خياره . وقال ابو الصقر . قلت لاحمد رجل اشترى جارية وله الخيار فيها يومين . فانطلق بها فغسلت رأسه أو غمزت رجله أو طحنت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك ؟ قال لا . حتى يبلغ منها مالا يحل لغيره . قلت فإن مشطها أو خضبها أو حفها هل يستوجبها بذلك ؟ قال قد بطل خياره لأنه وضع يده عليها . وذلك لان الاستخدام لا يختص الملك . ويراد لتجربه المبيع فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها

ونقل حرب عن احمد أنه يبطل خياره لانه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها لشهوة . ويمكن ان يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار . كركوب

الدابة ليعلم سيرها ومالا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته ، وإن قبلت الجارية المشترى لم يبطل خياره ، وهذا مذهب الشافعى

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يبطل خياره إذا لم يمنعها ، لأن إقراره لها على ذلك يجرى مجرى استمتاعه بها ، وقال أبو حنيفة : إن قبلته لشهوة بطل خياره ، لأنه استمتاع يختص الملك فأبطل خياره كقبلته لها

ولنا أنها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره ، كما لو قبلت البائع ، ولأن الخيار له لا لها : فلو ألزمناه بفعلها لألزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه ، وفارق ما اذا قبلها ، فإنه وجد منه ما يدل على الرضا بها ، ومتى بطل خيار المشترى بتصرفه فخيار البائع باق بحاله ، لأن خياره لا يبطل برضا غيره ، إلا أن يكون تصرف المشترى بإذن البائع فإنه يبطل خيارهما معاً لوجود الرضا منهما بإبطاله : وان تصرف البائع فى المبيع بما يفتقر الى الملك كان فسخا للبيع . وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى لما ذكرناه فى المشترى ، ولأنه أحد المتعاقدين فتصرفه فى المبيع اختيار له كالمشترى وعن أحمد رواية أخرى أنه لا ينفسخ البيع بذلك ، لأن الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له ، كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه

(فصـــل) وينتقل الملك الى المشترى فى بيع الخيار بنفس العقد فى ظاهر المذهب ، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما، أيهما كان . وهذا أحد أقوال الشافعى . وعن احمد : ان الملك لا ينتقل حتى ينقضى الخيار ، وهو قول مالك . والقول الثانى للشافعى . وبه قال أبو حنيفة : اذا كان الخيار لهما أو للبائع ، وان كان للمشترى خرج عن ملك البائع فلم يدخل فى ملك المشترى ، لأن البيع الذى فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض

والقول الثالث للشافعى أن الملك موقوف مراعى ، فإن أمضيا البيع تبينا ان الملك للمشترى ، والا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع ، الا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم . وقوله « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع ، الا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه ، فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام فى

كل بيع ، ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كالذى لا خيار له ، ولأن البيع تمليك بدليل قوله ملكتك ، فيثبت به الملك كسائر البيع ، يحققه أن التمليك يدل على نقل الملك الى المشترى ويقتضيه لفظه ، والشرع قد اعتبره وقضى بصحته ، فيجب ان يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه : كما لو باع عرضا بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا

وقولهم انه قاصر غير صحيح ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب وامتناع التصرف انما كان لأجل حق الغير ، فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون والمبيع قبل القبض

وقولهم انه يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى لا يصح لأنه يفضى الى وجود ملك لا مالك له وهو محال ويفضى أيضا الى ثبوت الملك للبائع فى الثمن من غير حصول عوضه المشترى أو الى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته فى عوضه ، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك

وقول أصحاب الشافعى ان الملك موقوف ان أمضيا البيع تبينا انه انتقل والا فلا غير صحيح أيضا ، فإن انتقال الملك انما ينبنى على سببه الناقل له وهو البيع ، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه ، فإن امضاءه ليس من المقتضى ولا شرطا فيه ، اذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع ، فان المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ، ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما اذا لم يفسخ فوجب أن يثبته وان فسخ كبيع المعيب ، وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى .

(فصل) وما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل فى مدة الخيار فهو للمشترى ، أمضيا العقد أو فسخاه . قال أحمد فيمن اشترى عبدا فوهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد فالمال للمشترى . وقال الشافعى : ان أمضيا العقد وقلنا الملك للمشترى أو موقوف فالنماء المنفصل له . وإن قلنا الملك للبائع فالنماء له وإن فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف . فالنماء له ، وإلا فهو للمشترى

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » قال الترمذى : هذا حديث صحيح وهذا من ضمان المشترى . فيجب أن يكون خراجه له ، ولأن

الملك ينتقل بالمبيع على ماذكرنا . فيجب أن يكون نماؤه له كما بعد انقضاء الخيار . ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد، بناء على الرواية التى قلنا إن الملك لا ينتقل . فأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع ، أمضيا العقد أو فسخاه كما يتبعه فى الرد بالعيب والمقايلة .

(فصل) وضمان المبيع على المشترى إذا قبضه ولم يكن مكيلا ولا موزونا فإن تلف أو نقص أو حدث به عيب فى مدة الخيار فهو من ضمانه لأنه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤنته عليه ، وان كان عبدا فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك ، فإن اشترى حاملا فولدت عنده فى مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها ، لانه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة فلزمه رده بزيادته ، كما لو اشترى عبدين فسمن أحدهما عنده ، وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يرد الولد ، لأن الحمل لا حكم له ، لأنه جزء متصل بالأم ، فلم يأخذ قسطا من الثمن كأطرافها .

ولنا أن كل مايقسط عليه الثمن إذا كان منفصلا يقسط عليه إذا كان متصلا كاللبن ، وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والربع ، والحكم فى الاصل ممنوع ثم يفارق الحمل الاطراف لأنه يؤول الى الانفصال وينتفع به منفصلا . ويصح افراده بالعتق والوصية به وله ، ويرث ان كان من أهل الميراث . ويفرد بالدية ويرثها ورثته . ولا يصح قولهم انه لاحكم للحمل لهذه الاحكام وغيرها مما ذكرناه فى غير هذا الموضع

(فصل) وإن تصرف أحد المتبايعين فى مدة الخيار فى المبيع تصرفا ينقل المبيع كالبيع والهبة والوقف . أو يشغله كالإجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه الا العتق . سواء وجد من البائع أو المشترى ، لأن البائع تصرف فى غير ملكه . والمشترى يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع . فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف فى الرهن . الا أن يكون الخيار للمشترى وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لأنه لا حق لغيره فيه وثبوت الخيار له لايمنع تصرفه فيه كالمعيب قال أحمد : إذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لأنه قد وجب

عليه حين عرضه ، يعنى بطل خياره ولزمه ، وهذا والله أعلم فيما اذا شرط الخيار له وحده ، وكذلك إذا قلنا : ان البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح ؛ لأنه ملكه وله إبطال خيار غيره ، وقال ابن أبي موسى : فى تصرف المشترى فى المبيع قبل التفرق ببيع أو هبة روايتان :

احداهما : لا يصح ، لان فى صحته إسقاط حق البائع من الخيار .

والثانية : هو موقوف ، فإن تفرقا قبل الفسخ صح ، وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشترى ، قال أحمد فى رواية أبي طالب : إذا اشترى ثوبا بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط يرده الى صاحبه ان طلبه ، فإن لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لأنه استهلك ثوبه ؛ أو يصالحه ، فقوله : يرده ان طلبه يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه :

وقد روى البخارى عن ابن عمر « أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر ، فكان على بكر صعب ، وكان يتقدم النبى صلى الله عليه وسلم فيقول له أبوه لايتقدم النبى (ص) أحد فقال له النبى (ص) بعنيه فقال عمر هو لك يارسول الله فقال النبى (ص) هو لك ياعبدالله بن عمر فاصنع به ماشئت » وهذا يدل على أن التصرف قبل التفرق جائز ؛ وذكر أصحابنا فى صحة تصرف المشترى بالوقف وجها آخر ، لأنه تصرف يبطل الشفعة ، فأشبه العتق .

والصحيح : أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات لأن المبيع يتعلق به حق البائع تعلقا يمنع جواز التصرف فمنع صحته كالرهن ، ويفارق الوقف العتق ، لأن العتق مبنى على التغليب والسراية ، بخلاف الوقف ، وأما حديث ابن عمر فليس فيه تصريح بالبيع ، فإن قول عمر « هو لك » يحتمل أنه أراد هبة ؛ وهو الظاهر ، فإنه لم يذكر ثمنا ، والهبة لا يثبت فيها الخيار .

وقال الشافعى : تصرف البائع فى المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح ، لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه ، واما ان يكون للمشترى ، والبائع يملك فسخه ، فجعل البيع والهبة فسخا ؛ وأما تصرف المشترى فلا يصح إذا قلنا الملك لغيره ؛ فإذا قلنا الملك له ففى صحة تصرفه وجهان :

ولنا على إبطال تصرف البائع أنه تصرف فى ملك غيره بغير ولاية شرعية

ولانيابه عرفية ، فلم يصح كما بعد الخيار ، وقولهم : يملك الفسخ قلنا : الا أن ابتدا التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الأب فيما وهب لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع فى الشقص المشفوع قبل أخذه .

(فصل) وان تصرف المشترى بإذن البائع أو البائع بوكالة المشترى صح التصرف وانقطع خيارهما ، لأن ذلك يدل على تراضيهما بإمضاء البيع ، فيقطع به خيارهم كما لو تخايرا ، ويصح تصرفهما ، لأن قطع الخيار حصل بالإذن فى البيع ، فيقع البيع بعد انقطاع الخيار : وان تصرف البائع بإذن المشترى احتمل أن يقع صحيحا لأن ذلك دليل على فسخ البيع أو استرجاع المبيع ، فيقع تصرفه بعد استرجاعه ، ويحتمل أن لا يصح ، لأن البائع لا يحتاج الى إذن المشترى فى استرجاع المبيع ، فيصير كتصرفه بغير إذن المشترى ، وقد ذكرنا أنه لا يصح ، كذا ههنا ، وكل موضع قلنا . ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن ينفسخ به البيع ، فإنه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح ، لأنه بفسخ البيع عاد اليه الملك ، فصح تصرفه فيه ، كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه ، وكذلك ان تقدم تصرفه ما ينفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا .

(فصل) وان تصرف أحدهما بالعتق نفذ عتق من حكمنا بالملك له ، وظاهر المذهب : أن الملك للمشترى ، فينفذ عتقه ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، لأنه عتق من مالك جائز التصرف ، فنفذ كما بعد المدة ، وقول النبي (ص) « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » يدل بمفهومه على أنه ينفذ فى الملك ، وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق ، كما لو باع عبداً بجارية معينة ، فإن مشترى العبد ينفذ عتقه ، مع أن للبائع الفسخ ؛ ولو وهب رجل ابنه عبداً فأعتقه نفذ عتقه مع ملك الأب لاسترجاعه ، ولا ينفذ عتق البائع فى ظاهر المذهب ، وقال أبو حنيفة والشافعى ومالك : ينفذ عتقه ، لأنه ملكه وان كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعتق .

ولنا أنه إعتاق من غير مالك فلم ينفذ ، كعتق الأب عبد ابنه الذى وهبه إياه وقد دللنا على أن الملك انتقل الى المشترى ، وان قلنا بالرواية الاخرى وأن الملك لم ينتقل إلى المشترى نفذ عتق البائع دون المشترى ، وإن أعتق البائع والمشترى جميعا

فإن تقدم عتق المشترى فالحكم على ما ذكرنا ، وان تقدم عتق البائع فينبغى أن لا ينفذ عتق واحد منهما ، لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ، ولكن حصل باعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد ، فلم ينفذ عتق المشترى ، ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ اعتاقه ، لأنه عاد العبد اليه ، فأشبه ما لو استرجعه بصريح قوله ، ولو اشترى من يعتق عليه جرى مجرى إعتاقه بصريح قوله ، وقد ذكرنا حكمه : وان باع عبداً بجارية بشرط الخيار فأعتقهما نفذ عتق الأمة دون العبد ، وان أعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت ، فان أعتق الامة أولا نفذ عتقها وبطل خياره ، ولم ينفذ عتق العبد ، وان أعتق العبد أولا انفسخ البيع ، ورجع اليه العبد ، ولم ينفذ اعتاقه ، ولا ينفذ عتق الامة ، لانها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت الى سيدها البائع لها .

(فصـــل)

إذا قال لعبده . اذا بعتك فأنت حر ، ثم باعه ، صار حراً ، نص عليه أحمد : وبه قال الحسن وابن أبى ليلى ومالك والشافعى ، وســـواء شرطا الخيار أو لم يشرطاه ، وقال أبو حنيفة والثورى : لا يعتق ، لأنه اذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له .

ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية ، لأن البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية ، فيجب تغليب الحرية ، كما لو قال لعبده . اذا مت فأنت حر ، ولأنه علق حريته على فعله للبيع ، والصادر منه فى البيع انما هو الايجاب . فمتى قال للمشترى : بعتك فقد وجد شرط الحرية . فيعتق قبل قبول المشترى ، وعلله القاضى بأن الخيار ثابت فى كل بيع . فلا ينقطع تصرفه فيه . فعلى هذا لو تخايرا ثم باعه لم يعتق ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا . فاننا ذكرنا أن البائع لو أعتق فى مدة الخيـار لم ينفذ اعتاقه .

(فصل ولا يجوز للمشترى وطء الجارية فى مدة الخيار اذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده . لانه يتعلق بها حق البائع . فلم يبح له وطؤها كالمرهونة . ولا نعلم فى هذا اختلافا . فان وطئها فلا حد عليه . لأن الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى . ولا مهر لها . لانها مملوكته . وان علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه . لأنه

من أمته . ولا يلزمه قيمته ، وتصير أم ولد له ، وان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لأنه تعذر الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها ، لأنه حدث فى ملك المشترى ، وان قلنا : ان الملك لا ينتقل الى المشترى ، فلا حد عليه أيضاً ، لأن له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك اليه ، واختلاف أهل العلم فى ثبوت الملك له ، والحد يدرأ بالشبهات ، وعليه المهر وقيمة الولد يكون حكمها حكم نمائها ، وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع وقال بعض أصحاب الشافعى . له وطؤها ، لأن البيع ينفسخ بوطئه ، فإن كان الملك انتقل رجعت اليه ، وان لم يكن انتقل انقطع حق المشترى منها ، فيكون واطئا لمملوكته التى لا حق لغيره فيها .

ولنا أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها ، لقول الله تعالى (٢٣ : ٦ الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولأن ابتداء الوطء يقع فى غير ملكه فيكون حراما ، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم تحل له حتى يستبرئها ولا يلزمه حد ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ، وقال بعض أصحابنا : ان علم التحريم : وان ملكه قد زال ، ولا ينفسخ بالوطء ، فعليه الحد ، وذكر أن أحمد نص عليه ، لان وطأه لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك .

ولنا أن ملكه يحصل بابتداء وطئه ، فيحصل تمام الوطء فى ملكه ، مع اختلاف العلماء فى كون الملك له ، وحل الوطء له ، ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات ، فكيف اذا اجتمعت ؟ مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ بالملامسة قبل الوطء ، فيكون الملك قد رجع اليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد فى المشترى إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها ، فما إذا مشطها أو خضبها أو حفها ، فبوضع يده عليها للجماع ، ولمس فرجها بفرجه أولى ، فعلى هذا يكون ولده منها حراً ، ونسبه لاحق به ، ولا يلزمه قيمته ، ولا مهر عليه ، وتصير الامة أم ولده وقال أصحابنا : ان علم التحريم فولده رقيق ولا يلحقه نسبه ، فإن لم يعلم لحقه النسب ، وولده حر ، وعليه قيمته يوم الولادة ، وعليه المهر ، ولا تصير الأمة أم ولده ، لانه وطئها فى غير ملكه .

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع فى مدة الخيار ، وهو قول أبي حنيفة والشافعى ، وكرهه مالك ، قال . لأنه في معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ، ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه اياه .

ولنا أن هذا حكم من أحكام البيع ، فجاز فى مدة الخيار كالاجارة ، وما ذكره لا يصح ، لاننا لم نجز له التصرف فيه .

(فصل) قول الخرقى « أو مات » الظاهر أنه أراد العبد ورد الضمير اليه ، وهو فى معنى قوله : أو تلفت السلعة ، ويحتمل أنه رد الضمير الى المشترى ، وأراد اذا مات المشترى بطل الخيار ، لان موت العبد قد تناوله بقوله : أو تلفت السلعة والحكم فى موت البائع والمشترى واحد ، والمذهب أن خيار الميت منهما يبطل بموته ويبقى خيار الآخر بحاله ، الا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون لورثته ، وهو قول الثورى وأبي حنيفة ، ويتخرج أن الخيار لا يبطل ، وينتقل الى ورثته لانه حق مالى ، فينتقل الى الوارث كالاجل وخيار الرد بالعيب ولأنه حق فسخ للبيع فينتقل الى الوارث ، كالرد بالعيب والفسخ بالتحالف ، وهذا قول مالك والشافعى .

ولنا أنه حق فسخ لايجوز الاعتياض عنه ، فلم يورث كخيار الرجوع فى الهبة

« مسألة » قال ﴿ وإذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده الا بعيب أو خيار ﴾

لا خلاف فى أن البيع يلزم بعد التفرق مالم يكن سبب يقتضى جوازه ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » .

وقوله « البيعان بالخيار حتى يتفرقا » جعل التفرق غاية للخيار ، وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها ، الا أن يجد بالسلعة عيبا فيردها به أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة ، فيملك الرد أيضا ، ولا خلاف بين أهل العلم فى ثبوت الرد بهذين الامرين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم » استشهد به البخارى ، وفى معنى العيب : أن يدلس المبيع

بما يختلف به الثمن ، أو يشترط فى المبيع صفة يختلف بها الثمن ، فيتبين بخلافه ، فيثبت له الخيار أيضاً ، ويقرب منه ما لو أخبره فى المرابحة فى الثمن أنه حال فبان مؤجلا . ونحو هذا ، ونذكر هذا فى مواضعه .

(فصل) ولو ألحقا فى العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يلحقه لأن لهما فسخ العقد ، فكان لهما إلحاق الخيار به كحالة المجلس .

ولنا أنه عقد لازم فلم يصر جائزاً ، بقولهما : كالنكاح . وفارق حال المجلس لأنه جائز .

(فصل) وكلام الخرقى يحتمل أن يريد به بيوع الأعيان المرئية ، فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب ، ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خياراً ، فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره ، وفى بيع الغائب روايتان : أظهرهما أن الغائب الذى لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه ، وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعى ومالك وإسحاق وهو أحد قولى الشافعى ، وفى رواية أخرى : أنه يصح ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والقول الثانى للشافعى : وهل يثبت للمشترى خيار الرؤية ؟ على روايتين : أشهرهما ثبوته ، وهو قول أبى حنيفة ، واحتج من أجازه بعموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وروى عن عثمان وطلحة : أنهما تبايعا داريهما بالكوفة ، والأخرى بالمدينة . فقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال : ما أبالى ، لأنى بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة فقال : لى الخيار لأننى اشتريت ما لم أره ، فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح .

ولنا ما روى « عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر » رواه مسلم ، ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له ، فلم يصح كبيع النوى فى التمر ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بالاصل الذى ذكرناه ، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة على أنه قول صحابى وفى كونه حجة خلاف ، ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم . والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا بترك ذكره ،

ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفى اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وإضرار
بـن على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل
بها بخلاف البيع . فإن قيل ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من
اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » والخيار لا يثبت إلا فى عقد صحيح . قلنا ،
هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردى وهو متروك الحديث : ويحتمل أنه بالخيار بين
العقد عليه وتركه .

إذا ثبت هذا . فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع ؛ كداخل الثوب وشعر
الجارية ونحوهما ، فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة ، لا يشاهد منها ما يختلف
الثمن لأجله ؛ كان كبيع الغائب ، وإن حكمنا بالصحة : فللمشترى الخيار عند رؤية
المبيع فى الفسخ والإمضاء ، ويكون على الفور : فإن اختار الفسخ فله ذلك ، وإن
لم يفسخ لزم العقد لان الخيار خيار الرؤية ، فوجب أن يكون عندها ، وقيل يتقيد
بالمجلس الذى وجدت الرؤيه فيه لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ،
فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ ، لأن العقد
غير لازم فى حقه فملك الفسخ كحالة الرؤيه ، وإن اختار إمضاء العقد لم يلزم
لان الخيار يتعلق بالرؤية ، ولانه يؤدى إلى إلزام العقد على المجهول فيفضى
إلى الضرر . وكذلك لو تبايعا بشرط أن لا يثبت الخيار للمشترى لم يصح
الشرط لذلك ، وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط
الفاسدة فى البيع .

فصل

و يعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشترى جميعا ، وإن قلنا بصحة البيع
مع عدم الرؤية فباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية ، وإن لم يره المشترى أيضا ،
فلكل واحد منهما الخيار ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ليس له
الخيار . لحديث عثمان وطلحة ، ولأننا لو جعلنا له الخيار . لثبت لتوهم الزيادة
والزيادة فى المبيع لا تثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئا على أنه معيب فبان غير
معيب لم يثبت له الخيار .

ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري فأما الخبر فإنه قول جبير وطلحه، وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضى منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما .

(فصل) وإذا وصف المبيع للمشتري ، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم . وعن أحمد : لا يصح حتى يراه لان الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه

ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم . وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية وأما ما لا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لأنه لا يمكن ضبطه بها . إذا ثبت هذا فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ ، وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعنبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لأنه يسمى ببيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام العقد فأشبه غير الموصوف ، ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين .

ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ، ولانه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الاحوال كالسلم ، وقولهم : انه يسمى بيع خيار الرؤية لا نعرف صحته فإن ثبت فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتج به على غيره ، فأما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم ، وان اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري : قد اختلفت فالقول قول المشتري لان الاصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت ببينة أو ما يقوم مقامها .

(فصل) والبيع بالصفة نوعان :

أحدهما : بيع عين معينة ، مثل أن يقول : بعتك عبدي التركي ويذكر سائر صفاته فهذا ينفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معيناً فيزول العقد بزوال محله ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر ،

الثانى : بيع موصوف غير معين مثل أن يقول : بعتك عبداً تركياً ثم يستقصى صفات السلم فهذا فى معنى السلم ، فمتى سلم اليه عبداً على غير ما وصف فرده أو على ما وصف فأبدله لم يفسد العقد لان العقد لم يقع على غير هذا فلم ينفسخ العقد برده كما لو سلم اليه فى السلم غير ما وصف له فرده ، ولا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه ، وهذا قول الشافعى : لانه بيع فى الذمة فلم يجز التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم ، وقال القاضى : يجوز التفرق فيه قبل القبض لانه بيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين .

﴿ فصـــل ﴾

اذا رأيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه جاز فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن أحمد رواية أخرى ، لا يجوز حتى يرياها حالة العقد ، وحكى ذلك عن الحكم وحماد ، لان ما كان شرطا فى صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة فى النكاح .

ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حالة العقد والشرط انما هو العلم وانما الرؤية طريق للعلم ولهذا اكتفى بالصفة المحصلة للعلم ، والشهادة فى النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه ما لو رأيا دارا ووقفا فى بيت منها أو أرضا ووقفا فى طريقها وتبايعاه صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل فى الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع وان كان ناقصا ثبت له الخيار لان ذلك كحدوث العيب ، وان اختلفا فى التغير ، فالقول قول المشترى مع يمينه لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه مالم يعترف به ، فأما ان عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لا يصح بيعه ، وان لم يتغير فيها لم يصح بيعه لانه مجهول وكذلك ان كان الظاهر تغيره ، فأما ان كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره صح بيعه لان الاصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعى .

(فصل) ويثبت الخيار فى البيع للغبن فى مواضع ، أحدها : تلقى الركبان اذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم ، الثانى : بيع النجش ، ويذكران فى

مواضعها ، الثالث : المسترسل اذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والإمضاء ، وبهذا قال مالك وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل قد لزمه البيع وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير .

ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان ، فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لانه انبنى على تقصيره وتفريطه ، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، قال أحمد المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه ، فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف اذا استعجل في الحال فغبن فلا خيار لهما ، ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد : وحدّه أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الإرشاد بالثلث . وهو قول مالك لان الثلث كثير بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والثلث كثير » وقيل بالسدس ، وقيل ما لا يتغابن الناس به في العادة لان ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه الى العرف

(فصل) واذا وقع البيع على غير معين كقفيز من صبرة ورطل زيت من دن فمقتضى قول الخرقي اذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده الا بعيب أو خيار لان البيع ههنا يلزم بالتفرق سواء تقابضا أو لم يتقابضا ، وقال القاضي البيع لا يلزم الا بالقبض كالمكيل والموزون وهذا تصريح بأنه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر من اشترى قفيزين من صبرتين فتلفت احداهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة ، ولا خيار للبائع ؛ وهذا يدل على اللزوم في حق البائع قبل القبض فإنه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت احداهما أو لم تتلف ووجه الجواز . أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان البيع فيه جائزاً كما قبل التفرق ، ولانه لو تلف لكان من ضمان البائع ، ووجه الاول : قول النبي صلى الله عليه وسلم « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته وبيع الموصوف والسلم فإن ذلك لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر المبيع على احدى الروايتين .

« مسألة » قال ﴿ والخيار يجوز أكثر من ثلاث ﴾

يعنى ثلاث ليال بأيامها وانما ذكر الليالى لأن التاريخ يغلب فيه التأنيث قال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة) وقال تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وفى حديث حبان « ولك الخيار ثلاثا » ويجوز اشتراط الخيار مايتفقان عليه من المدة المعلومة ، قلت مدته أو كثرت ، وبذلك قال أبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وحكى ذلك عن الحسن ابن صالح والعنبرى وابن أبى ليلى واسحاق وأبى ثور وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل اليها فى أقل من أربعة أيام لان الخيار لحاجته فيقدر بها ، وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز أكثر من ثلاث لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام ان رضى أخذ وان سخط ترك ، ولان الخيار ينافى مقتضى البيع لانه يمنع الملك واللزوم واطلاق التصرف ، وانما جاز لموضع الحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فتمتعوا فى داركم ثلاثة أيام — بعد قوله — فيأخذكم عذاب قريب) .

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع فى تقديره الى مشترطه كالاجل أو نقول مدة ملحقة بالعقد فكانت الى تقدير المتعاقدين كالاجل ولا يثبت عندنا ما روى عن عمر رضى الله عنه ، وقد روى عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها ، وانما يربط بمظنتها وهو الاقدام ، فانه يصلح أن يكون ضابطا وربط الحكم به فيما دون الثلاث وفى السلم والاجل ؛ وقول الآخرين انه ينافى مقتضى البيع لا يصح : فإن مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وان سلمنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى فى محل وجب تعدية الحكم لتعدى ذلك المعنى .

(فصل) ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويجوز لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشرط لأحدهما مدة وللآخر دونها لان ذلك حقهما وانما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز ؛ ولو اشترى شيئين وشرط الخيار فى أحدهما بعينه

دون الآخر صح ، لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ومبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء مافيه شفعة ومالا شفعة فيه فإنه يصح ويحصل كل واحد منهما مبيعاً بقسطه من الثمن فإن فسخ البيع بما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما معيبا فرده وان شرط الخيار في أحدهما لا بعينه أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه لم يصح ، لانه مجهول فأشبه ما لو اشترى واحداً من عبدين لا بعينه ، ولأنه يفضي الى التنازع وربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر ويدعى أنه المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول الآخر : ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا الفصل كله مذهب الشافعي .

(فصل) وان شرط الخيار لأجنبي صح وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره وهذا قول أبي حنيفة ومالك وللشافعي فيه قولان .

أحدهما : لا يصح : وكذلك قال القاضي : اذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لم يصح ، لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لا حظ له فيه وان جعل الأجنبي وكيلا صح .

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز إلغاؤه مع امكان تصحيحه لقول النبي (ص) « المسلمون على شروطهم » [1] فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لأنه بمنزلة الأجنبي ، وان كان العاقد وكيلا فشرط الخيار لنفسه صح ، فإن النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وان شرطه للمالك صح لانه هو المالك والحظ له : وان شرطه لأجنبي لم يصح لانه ليس له أن يوكل غيره ويحتمل الجواز بناء على الرواية التي تقول للوكيل التوكيل .

---

(١) رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة بسند صحيح والثاني عن أنس وعائشة بلفظ « عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك » وصححوه أيضاً .

(فصـل ولو قال بعتك على أن أستأمر فلانا وحدد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ قبل أن يستأمره لأنا جعلنا ذلك كناية عن الخيار ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول حكمه .

فصـــل

وإن شرط الخيار يوما أو سـاعات معلومة اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد فى أحد الوجهين .

والآخر من حين التفرق لأن الخيار ثابت فى المجلس حكما فلا حاجة الى اثباته بالشرط ، ولأن حالة المجلس كحالة العقد ، لأن لهما فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد فى ابتداء مـدة الخيار بعد انقضائه ، والأول أصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتداؤها منه كالأجل ، ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك فى البيع ، ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدى الى جهالته لأننا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتـــداؤه ولا متى انتهاؤه ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والإحرام والظهار ، وعلى هذا لو شرطا ابتداءه من حين التفرق لم يصح لذلك الا على الرواية التى تقول بصحة الخيار المجهول .

وان قلنا ابتداؤه من حين التفرق فشرطا ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانتهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان الخيار فى المجلس يغنى عن خيار آخر فيمنع ثبوته والاول أولى ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كما ذكرنا

(فصل) وان شرطا الخيار الى الليل أو الغد ، لم يدخل الليل والغد فى مدة الخيار ، وهذا مذهب الشافعى ، ويتخرج أن يدخل وهو مذهب أبى حنيفة لأن الى تستعمل بمعنى مع ، كقوله تعالى (وأيديكم الى المرافق — ولا تأكلوا أموالهم الى [1] أموالكم) والخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك

ولنا أن موضوع « الى » لانتهـاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها ، كقوله سبحانه (ثم أتموا الصيام الى الليل) ، وكالأجل ، ولو قال أنت طالق من واحدة

---

(١) الى هذه متعلقة بوصف محذوف أفاده التضمين ، أى مضمومة الى أموالكم

إلى ثلاث أو له عليّ من درهم إلى عشرة لم يدخل الدرهم العاشر والطلقة الثالثة ، وليس ههنا شك فإن الاصل حمل اللفظ على موضوعه ، فكأن الواضع قال : متى سمعتم هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية ، وفى المواضع التى استشهدوا بها حملت على معنى مع بدليل أو لتعذر حملها على موضوعها ، كما تصرف سائر حروف الصلات عن موضوعها لدليل ، والأصل حملها على موضوعها ، ولأن الاصل لزوم العقد ، وانما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت ما يتيقن منه ، وما شككنا فيه ، رددناه الى الاصل

(فصل) وان شرط الخيار الى طلوع الشمس أو الى غروبها صح ، وقال بعض أهل العلم : لا يصح توقيته بطلوعها لأنها قد تتغيم فلا يعلم وقت طلوعها

ولنا أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم ، فصح كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس بروزها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لو علق طلاق امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع ببرزورها من الأفق ، وان عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعهافالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فمنع الغيم المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار الى طلوع الشمس من تحت السحاب أو الى غيبتها تحته كان خياراً مجهولا لا يصح فى الصحيح من المذهب

(فصل)

واذا شرطا الخيار أبداً أو متى شئنا ، أو قال أحدهما ولى الخيار ولم يذكر مدته أو شرطاه الى مدة مجهولة كقدوم زيد أو هبوب ريح أو نزول مطر أو مشاورة انسان ، ونحو ذلك لم يصح فى الصحيح من المذهب ، وهذا اختيار القاضى وابن عقيل ومذهب الشافعى

وعن أحمد أنه يصح ، وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه أو تنتهى مدته ان كان مشروطا الى مدة ، وهو قول ابن شبرمة لقول النبى صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » وقال مالك : يصح وتضرب لهما مدة يختبر المبيع فى مثلها فى العادة لأن ذلك مقدر فى العادة ، فإذا أطلقا حمل عليه . وقال أبو حنيفة ان أسقطا الشرط قبل مضى الثلاث أو حذفا الزائد عليها وبينا مدته صح ، لأنهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشرطاه

ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل، ولأن اشتراط الخيار أبداً يقتضى المنع من التصرف على الأبد، وذلك ينافى مقتضى العقد فلم يصح، كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف. وقول مالك إنه يرد الى العادة لا يصح، فإنه لا عادة فى الخيار يرجع اليها، واشتراطه مع الجهالة نادر

وقول أبى حنيفة لا يصح فإن المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد، ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً، فإن كان صحيحا مع الشرط لم يفسد بوجود ماشرطاه فيه، وإن كان فاسداً لم ينقلب صحيحاً، كما لو باع درهما بدرهمين ثم حذف أحدهما. وعلى قولنا الشرط فاسد هل يفسد به البيع على روايتين.

احداهما يفسد. وهو مذهب الشافعى، لأنه عقد قارنه شرط فاسد فأفسده كنكاح الشغار والمحلل، ولان البائع انما رضى ببذله بهذا الثمن مع الخيار فى استرجاعه، والمشترى انما رضى ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار فى فسخه، فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه ما لم يرض به، ولان الشرط يأخذ قسطا من الثمن، فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله، وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولا فيفسد العقد

والثانية لا يفسد العقد به، وهو قول ابن أبى ليلى لحديث بريرة، ولان العقد قد تم بأركانه والشرط زائد، فإذا فسد وزال سقط الفاسد وبقى العقد بركنيه، كما لو لم يشترط.

(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد. لان ذلك يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولا، واحتمل أن يصح لأن ذلك يتقارب فى العادة ولا يكثر تفاوته، وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوما صح، كما لو شرطه الى يوم معلوم، وان أراد نفس العطاء فهو مجهول لأنه يختلف.

(فصل) وان شرط الخيار شهراً يوم يثبت ويوما لا يثبت: فقال ابن عقيل يصح فى اليوم الاول لإمكانه ويبطل فيما بعده، لانه اذا لزم فى اليوم الثانى لم يعد الى الجواز: ويحتمل بطلان الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار فى أيام فإذا فسد فى بعضه فسد جميعه، كما لو شرط الى الحصاد

(فصل) ويجوز لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه . وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر . وقال أبو حنيفة : ليس له الفسخ الا بحضرة صاحبه : لان العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فلم يملك أحدهما فسخه بغير حضور صاحبه كالوديعة

ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلم يفتقر الى حضوره كالطلاق وما قالوه ينتقض بالطلاق ، والوديعة لا حق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته ،

(فصل) واذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد وهذا قول أبي حنيفة والشافعي . وقال القاضي : لا يلزم بمضى المدة : وهو قول مالك ، لأن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه ، فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان ، كمضى الاجل في حق المولى

ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالاجل ، ولأن الحكم ببقائها يفضى الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها ، والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ، ولانه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات ، ولان البيع يقتضى اللزوم وانما تخلف موجبه بالشرط ، ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجبه لزوال المعارض كما لو أمضوه ، وأما المولى فإن المدة انما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة ، والحكم في هذه المسألة ظاهر

(فصل) فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد لا خلابة ، فقال أحمد أرى ذلك جائزاً وله الخيار ان كان خلبه ، وان لم يكن خلبه فليس له خيار ، وذلك لان رجلا « ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع ، فقال اذا بايعت فقل لا خلابة » متفق عليه ، ولمسلم « من بايعت فقل لا خلابة ، فكان اذا بايع يقول لا خلابة » ويحتمل أن لا يكون له الخيار ، ويكون هذا الخبر خاصا لحبان ، لانه روى « أنه عاش الى زمن عثمان رضي الله عنه ، فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه : ويحك ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثا » وهذا يدل على اختصاصه بهذا ؛ لأنه لو كان للناس عامة

لقال لمن يخاصمه : ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن قال لا خلابة .

وقال بعض أصحاب الشافعي : إن كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت : وإن علم أحدهما دون الاخر فعلى وجهين ، لأنه روى « أن حبان بن منقذ ابن عمرو كان لا يزال يغبن، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له : إذا أنت بايعت فقل لاخلابة ثم أنت فى كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإن رضيت أمسكت وإن سخطت فارددها على صاحبها ـ وما ثبت فى حق واحد من الصحابة يثبت فى حق سائر الناس ، مالم يقم على تخصيصه دليل .

ولنا أن هذا اللفظ لايقتضى الخيار مطلقاً . ولا يقتضى تقييده بثلاث . والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه . والخبر على الوجه الذى احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلا . وهم لايرون المرسل حجة ، ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه إنما قالوا به فى حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثا . ولا يعلم ذلك أحد . لأن اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه ماليس بمقتضاه . وعلى أنه إنما كان خاصاً لحبان بدليل مارويناه ، ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه .

(فصل) إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه فى مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن . فلا خيار فيه لأنه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به فى مدة الخيار ، ولا التصرف فيه قال الأثرم . سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشترى من الرجل الشيء ويقول لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار ؟ قال : هو جائز إذا لم يكن حيلة : أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة فإن لم يكن أراد هذا فلا بأس ، قيل لأبى عبد الله . فان أراد إرفاقه أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب ، فاشترى منه شيئاً وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة فقال أبو عبد الله : هذا جائز إلا أنه اذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته، وقول أحمد بالجواز فى هذه المسألة محمول على المبيع الذى لا ينتفع به الا بإتلافه ، أو على أن المشترى لاينتفع بالمبيع فى مدة الخيار ؛ لئلا يفضى الى أن القرض جر منفعة

(فصل) فإن قال بعتك على أن تنقدنى الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح . نص عليـــــه ، وبه قال أبو حنيفه والثورى واسحاق

ومحمد بن الحسن . وبه قال أبو ثور ، إذا كان الشرط إلى ثلاث ، وحكى مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك : يجوز فى اليومين والثلاثة ونحوها . وإن كان عشرين ليلة فسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر : البيع فاسد ، لأنه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح ، كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا أن هذا يروى عن عمر رضى الله عنه ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث فى مدة الخيار فجاز ، كما لو شرط الخيار ، ولأنه نوع بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ولأن هذا بمعنى شرط الخيار لأنه كما يحتاج إلى التروى فى البيع - هل يوافقه أو لا - يحتاج إلى التروى فى الثمن ، هل يصير منقوداً أو لا ؟ فهما سيان فى المعنى متغايران فى الصورة ؛ الا أنه فى الخيار يحتاج الى الفسخ : وههنا ينفسخ اذا لم ينقد ، لانه جعله كذلك

(فصل) والعقود على أربعة أضرب

أحدها عقد لازم يقصد منه العوض ، وهو البيع وما فى معناه : وهو نوعان أحدهما يثبت فيه الخياران: خيار المجلس وخيار الشرط ، وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض فى المجلس ، والصلح بمعنى البيع ؛ والهبة بعوض على احدى الروايتين ، والإجارة فى الذمة : نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب ونحوه ، فهذا يثبت فيه الخيار ، لان الخيار ورد فى البيع وهذا فى معناه ، فأما الاجارة المعينة ، فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط ، لان دخوله يفضى الى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو الى استيفائها فى مدة الخيار ، وكلاهما لا يجوز . وهذا مذهب الشافعي . وذكره القاضي مرة مثل هذا ، ومرة قال : يثبت فيها الخياران قياسا على البيع ، وقد ذكرنا ما يقتضى الفرق بينهما ، وأما الشفعة فلا خيار فيها ، لأن المشترى يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه ، فأشبه فسخ البيع بالرد بالعيب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس لانه قبل المبيع بثمنه فأشبه المشترى

النوع الثاني : مايشترط فيه القبض فى المجلس كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه ، فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة ، لأن موضوعها على أن لا يبقى بينهما علقة بعد التفرق ، بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يبقى بينهما علقة ،

ويثبت فيها خيار المجلس فى الصحيح من المذهب لعموم الخبر ، ولأن موضوعه للنظر فى الحظ فى المعاوضة وهو موجود فيها . وعنه لايثبت فيها الخيار إلحاقا بخيار الشرط .

الضرب الثانى : لازم لايقصد به العوض ، كالنكاح والخلع . فلا يثبت فيهما خيار . لان الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ فى كون العوض جائزاً لما يذهب من ماله والعوض ههنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة . ولان فى ثبوت الخيار فى النكاح ضرراً ذكرناه قبل هذا .

الضرب الثالث : لازم من أحد طرفيه دون الآخر ، كالرهن لازم فى حق الراهن جائز فى حق المرتهن فلا يثبت فيه خيار ، لان المرتهن يستغنى بالجواز فى حقه عن ثبوت خيار آخر ، والراهن يستغنى بثبوت الخيار له الى أن يقبض . وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن وكذلك المكاتب .

الضرب الرابع : عقد جائز من الطرفين ، كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية ، فهذه لا يثبت فيها خيار ، استغناءاً بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها .

الضرب الخامس : وهو متردد بين الجواز واللزوم ، كالمساقاة والمزارعة . والظاهر أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار ، وقد قيل هما لازمان ، فى ثبوت الخيار فيهما وجهان ، والسبق والرمى ، والظاهر أنهما جعالة فلا يثبت فيهما خيار ؛ وقيل : هما إجارة وقد مضى ذكرها .

الضرب السادس : لازم يستقل به أحد المتعاقدين ، كالحوالة والاخذ بالشفعة فلا خيار فيهما ، لان من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، وإذا لم يثبت فى أحد طرفيه لم يثبت فى الآخر كسائر العقود ، ويحتمل أن يثبت الخيار المحيل والشفيع لأنها معاوضة يقصد فيها العوض فأشبهت سائر البيع

﴿ تم طبع الجزء الثالث من المغنى ويليه الجزء الرابع ﴾

﴿ فهرس الجزء الثالث من كتاب المغنى ﴾

(باب زكاة التجارة)

(كتـاب الاعتكاف)

(كتاب البيوع)

(تم فهرس الجزء الثالث من المغنى)

الجزء الرابع من :



أوسع ما ظهر فى الفقه الإسلامى مع الترجيح بين الاقوال بالدليل

لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى

بتصحيح الدكتور

محمد خليل هراس

المدرس بكلية أصول الدين

مطبعة الامام ١٣ شارع قرقول المنشية بالقلعة بمصر

باب الربا والصرف

الربا فى اللغة هو الزيادة . قال الله تعالى (٢٢ ، ٥ فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (١٦ ، ٩٢ أن تكون أمة هى أربى من أمة) أى أكثر عدداً ، يقال : أربى فلان على فلان إذا زاد عليه .

وهو فى الشرع الزيادة فى أشياء مخصوصة ، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى (٢ ، ٢٧٥ وحرم الربا) وما بعدها من الآيات

وأما السنة فروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله ما هى ؟ قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه » متفق عليهما فى أخبار سوى هذين كثيرة . وأجمعت الامة على أن الربا محرم

(فصل) والربا على ضربين : ربا الفضل وربا النسيئة ، وأجمع أهل العلم على تحريمهما . وقد كان فى ربا الفضل اختلاف بين الصحابة ، فحكى عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا « إنما الربا فى النسيئة ، لقوله عليه السلام : لا ربا إلا فى النسيئة » رواه البخارى ، والمشهور من ذلك قول ابن عباس ، ثم انه رجع الى قول الجماعة . روى ذلك الاثرم بإسناده ، وقاله الترمذى وابن المنذر وغيرهم .

وقال سعيد بإسناده عن أبى صالح قال « صحبت ابن عباس حتى مات فو الله ما رجع عن الصرف » وعن سعيد بن جبير قال « سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأسا وكان يأمر به » والصحيح قول الجمهور . لحديث أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائبا بناجز »

وروى أبو سعيد أيضا قال « جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر بَرْنى ؛ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: من أين هذا يا بلال ؟ قال : كان عندنا تمر ردىء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أوه ، عين الربا ، عين الربا ، لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشترى فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليهما

قال الترمذى على حديث ابى سعيد : العمل عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم «لا ربا إلا فى النسيئة » محمول على الجنسين .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وكل ما كيل أو وزن من سائر الأشياء فلا يجوز التفاضل فيه إذا كان جنساً واحداً ﴾

قوله « من سائر الأشياء » يعنى من جميعها ، وضع سائر موضع جميع تجوزاً ، وموضوعها الأصلى لباقى الشيء . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الربا أحاديث كثيرة . ومن أتمها ما روى عبادة بن الصامت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل والتمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد » رواه مسلم فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع

واختلف أهل العلم فيما سواها ، فحكى عن طاوس وقتادة : أنهما قصرا الربا عليها وقالا : لا يجرى فى غيرها ، وبه قال داود ونفاة القياس ، وقالوا ما عداها على أصل الإباحة . لقول الله تعالى (٢ ، ٢٧٥ وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلة ، وأنه يثبت فى كل ما وجدت فيه علتها ، لأن القياس دليل شرعى ، فيجب استخراج علة هذا الحكم وإثباته فى كل موضع وجدت علته فيه ، وقول الله تعالى (٢ ، ٢٧٥ وحرم الربا يقتضى تحريم كل زيادة إذ الربا فى اللغة الزيادة ، إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكروه .

ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجرى إلا فى الجنس الواحد ، إلا سعيد ابن جبير فإنه قال : كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ، كالحنطة بالشعير ، والتمر بالزبيب ، والذرة بالدخن ، لانهما يتقارب نفعهما فجريا مجرى نوعى جنس واحد . وهذا يخالف قول النبي (ص) « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم » فلا يعول عليه ، ثم يبطل الذهب بالفضة ، فإنه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما .

واتفق المعللون على أن علة الذهب والفضة واحدة ، وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا فى علة كل واحد منهما ، فروى عن أحمد فى ذلك ثلاث روايات . أشهرهن أن علة الربا فى الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة مكيل جنس . نقلها عن أحمد الجماعة . وذكرها الخرقى وابن أبى موسى وأكثر الاصحاب ، وهو قول النخعى والزهرى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى .

فعلى هذه الرواية يجرى الربا فى كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم : كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والورس والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجرى فى مطعوم لا يكال ولا يوزن . لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين ، فإنى أخاف عليكم الرماء » — وهو الربا — فقام إليه رجل فقال . يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالإبل ؟ فقال « لا بأس إذا كان يداً بيد » رواه الإمام أحمد فى المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر .

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما وزن مثلا بمثل اذا كان نوعا واحداً » وما كيل مثلا بمثل اذا كان نوعا واحداً » رواه الدارقطنى ، ورواه عن ابن صاعد عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أحمد بن محمد بن أيوب عن أبى بكر ابن عياش عن الربيع عن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم . وقال : لم يروه عن أبى بكر هكذا غير محمد بن أحمد بن أيوب وخالفه غيره ، فرواه بلفظ آخر .

وعن عمار أنه قال « العبد خير من العبدين ، والثوب خير من الثوبين ، فما كان يداً بيد فلا بأس به ، إنما الربا فى النساء إلا ما كيل أو وزن » ولأن قضية البيع المساواة والمؤثر فى تحقيقها الكيل والوزن والجنس ، فإن الوزن أو الكيل يسوى بينهما صورة والجنس يسوى بينهما معنى ، فكانا علة ، ووجدنا الزيادة فى الكيل محرمة دون الزيادة فى الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فإنه جائز إذا تساويا فى الكيل

والرواية الثانية : أن العلة فى الأثمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها، قال أبو بكر روى ذلك عن أحمد جماعة ونحو هذا قال الشافعى . فإنه قال : العلة الطعم والجنس شرط ، والعلة فى الذهب والفضة : جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة ، لما روى معمر بن عبد الله « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل » رواه مسلم ولأن الطعم وصف شرف إذ به قوام الأبدان والثمنية وصف شرف ، إذ بها قوام الأموال فيقتضى التعليل بهما ولأنه لو كانت العلة فى الأثمان الوزن لم يجز إسلامها فى الموزونات لأن أحد وصفى علة ربا الفضل يكفى فى تحريم النساء .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلا أو موزونا ، فلا يجرى الربا فى مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالتفاح والرمان والخوخ والبطيخ والكمثرى والأترج والسفرجل والأجاص والخيار والجوز والبيض ، ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد والرصاص ونحوه ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وهو قديم قولى الشافعى ، لما روى : عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدارقطنى ، وقال : الصحيح إنه من قول سعيد ، ومن رفعه فقد وهم ولأن لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً ، والحكم مقرون بجميعها فى المنصوص عليه ، فلا يجوز حذفه ولان الكيل والوزن والجنس لا يقتضى وجوب المماثلة ، وإنما أثره فى تحقيقها فى العلة ما يقتضى ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ؛ والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعى فيه ، وإنما تجب المماثلة فى المعيار الشرعى وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة فى المكيل كيلا وفى الموزون وزنا ، فوجب أن يكون الطعم معتبراً فى المكيل والموزون دون غيرهما .

والاحاديث الواردة فى هذا الباب يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعى وهو الكيل والوزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهى عن التفاضل فيه .

وقال مالك : العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات وقال ربيعة يجرى الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين الجنس الواحد علة ، وهذا القول لا يصح ؛ لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى بيع الفرس بالافراس والنجيبة بالإبل « لا بأس به إذا كان يداً بيد » وروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع عبداً بعبدين » رواه أبو داود والترمذى وقال : هو حديث حسن صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده وتعليل ربيعه ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة .

والحاصل . أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة ، كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن والخل واللبن واللحم ونحوه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر . هذا قول علماء الامصار فى القديم والحديث ، سوى قتادة فإنه بلغنى أنه شذ عن جماعة الناس فقصر تحريم التفاضل على الستة الاشياء ، وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، كالتين والنوى والقت والماء والطين الارمنى فإنه يؤكل دواء فيكون موزوناً مأكولا ، فهو إذاً من القسم الاول ، وما عداه انما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة « لا تأكلى الطين ، فإنه يصفر اللون » وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله تعالى . حله ، إذ ليس فى تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوى التمسك به ، وهى مع ضعفها يعارض بعضها بعضا فوجب اطراحها أو الجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذى يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار ، ولا فرق فى المطعومات بين ما يؤكل قوتا كالارز

والذرة والدخن أو أدما كالقطنيات واللبن واللحم ، أو تفكها كالثمار أو تداويا كالاهليلج والسقمونيا فإن الكل فى باب الربا واحد .

فصـــل

وقوله ما كيل أو وزن أى ما كان جنسه مكيلا أو موزونا ، وان لم يتأت فيه كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفنتين وما دون الارزة من الذهب والفضة أو لكثرته كالزبرة العظيمة فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض الا مثلا بمثل ويحرم التفاضل فيه ، وبهذا قال الثورى والشافعى واسحاق وابن المنذر ، ورخص أبو حنيفة فى بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذى لا يتأتى كيله ووافق فى الموزون ، واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد فى اليسير .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مثلا بمثل ، والبر بالبر مثلا بمثل من زاد أو ازداد فقد أربى » ولان ما جرى الربا فى كثيره جرى فى قليله كالموزون .

(فصل) ولا يجوز بيع تمرة بتمرة ولا حفنة بحفنة ، وهذا قول الثورى ، ولا أعلمه منصوصا عليه ، ولكنه قياس قولهم ، لان ما أصله الكيل لا تجرى المماثلة فى غيره .

(فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والابريسم فالمنصوص عن أحمد فى الثياب والاكسية أنه لا يجرى فيها الربا فانه قال . لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال . لا يباع الفلس بالفلسين ولا السكين بالسكينين ولا ابرة بابرتين أصله الوزن ، ونقل القاضى حكم احدى المسألتين الى الاخرى ، فجعل فيهما جميعا روايتين .

احداهما : لايجرى فى الجميع ، وهو قول الثورى وأبى حنيفة وأكثر أهل العلم لانه ليس بموزون ولا مكيل ، وهذا هو الصحيح . اذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النص والإجماع فيه .

والثانية : يجرى الربا فى الجميع ، اختارها ابن عقيل لان أصله الوزن ، فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز ، وذكر أن اختيار القاضى : أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا وما لا فلا .

(فصل) ويجرى الربا فى لحم الطير ، وعن أبى يوسف : لا يجرى فيه لأنه يباع بغير وزن .

ولنا أنه لحم فجرى فيه الربا كسائر اللحمان وقوله . لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ، ويقصد ثقله وتختلف قيمته بثقله وخفته ، فأشبه ما يباع من الخبز بالعدد .

فصــــل

والجيد والردىء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء فى جواز البيع مع التماثل ، وتحريمه مع التفاضل . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة والشافعى ، وحكى عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه ، وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه ، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية . لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة ، ولأن للصناعة قيمة ، بدليل حالة الإتلاف ، فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل » وعن عبادة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبى الأشعث « أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة فى أعطيات الناس فبلغ عبادة فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح . إلا سواء بسواء ، عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » وروى الأثرم عن عطاء بن يسار « أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال أبو الدرداء : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل : ثم قدم أبو الدرداء على عمر ابن الخطاب رضى الله عنهما ، فذكر له ذلك ، فكتب عمر إلى معاوية . لا تبع ذلك إلا مثلا بمثل وزنا بوزن » ولأنهما تساويا فى الوزن ، فلا يؤثر اختلافهما فى القيمة ، كالجيد والردىء ، فأما إن قال لصائغ ، صغ لى خاتما وزنه درهم وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهما ، فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين ، وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين ، أحدهما فى مقابلة الخاتم . والثانى ؛ أجرة له .

(فصل) وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء ؛ بغير خلاف نعلمه ،

ويحرم التفرق قبل القبض ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عينا بعين » وقوله « يداً بيد » ولأن تحريم النساء آكد ، ولذلك جرى فى الجنسين المختلفين ، فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم .

« مسألة » قال وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد ، ولا يجوز نسيئة)

لا خلاف فى جواز التفاضل فى الجنسين نعلمه ، إلا عن سعيد بن جبير أنه قال ما يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل فيهما ، وهذا يرده قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفى لفظ « إذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » رواه مسلم وأبو داود ؛ ولأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كما لو تباعدت منافعهما . ولا خلاف فى إباحة التفاضل فى الذهب بالفضة مع تقارب منافعهما .

فأما النساء ، فكل جنسين يجرى فيهما الربا بعلة واحدة ، كالمكيل بالمكيل ، والموزون بالموزون ، والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به ، فإنه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء ، بغير خلاف نعلمه ، وذلك لقوله عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وفى لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد وأما نسيئة فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد ، وأما النسيئة فلا » رواه أبو داود ؛ إلا أن يكون أحد العوضين ثمنا والآخر مثمنا فانه يجوز النساء بينهما بغير خلاف ، لان الشرع أرخص فى السلم والاصل فى رأس المال الدراهم والدنانير ؛ فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم فى الموزونات فى الغالب .

فأما إن اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون مثل بيع اللحم بالبر ففيهما روايتان إحداهما ؛ يحرم النساء فيهما . وهو الذى ذكره الخرقى ههنا لانهما مالان من أموال الربا فحرم النساء فيهما كالمكيل بالمكيل .

والثانية ، يجوز النساء فيهما وهو قول النخعى ، لانهما لم يجتمعا فى أحد وصفى علة ربا الفضل ؛ فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان .

(فصل) واذا باع شيئاً من مال الربا بغير جنسه ، وعلة ربا الفضل فيهما واحدة لم يجز التفرق قبل القبض ، فإن فعلا بطل العقد، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا ، وكبيع ذلك بأحد النقدين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد » رواه مسلم ؛ وقال عليه السلام « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وروى مالك بن أوس بن الحدثان « أنه التمس صرفا بمائة دينار ، قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني ، فأخذ يقلبها في يديه ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك ، فقال : لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء » متفق عليه ، والمراد به القبض ، بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة ، ولهذا فسره عمر به ، ولأنهما مالان من أموال الربا علتهما واحدة ، فحرم التفرق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة .

فأما ان اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون عند من يعلل بهما فقال أبو الخطاب يجوز التفرق فيهما قبل القبض رواية واحدة ، لأن علتهما مختلفة ، فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، وبهذا قال الشافعي الا أنه لا يتصور عنده ذلك الا في بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الخرقي وجوب التقابض على كل حال لقوله « يداً بيد »

« مسألة » قال ﴿ وما كان مما لا يكال ولا يوزن فجائز التفاضل فيه يداً بيد ، ولا يجوز نسيئة ﴾

اختلفت الرواية في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على أربع روايات

إحداهن : لا يحرم النساء في شيء من ذلك ، سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا ، الا على قولنا : ان العلة الطعم ، فيحرم النساء في المطعوم ، ولا يحرم في غيره ، وهذا مذهب الشافعي ، واختار القاضي هذه الرواية ، لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً :

فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ فى قلاص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى إبل الصدقة » رواه أبو داود ، وروى سعيد فى سننه عن أبى معشر عن صالح ابن كيسان عن الحسن بن محمـــد « أن عليا باع بعيراً له يقال له : عصيفير بأربعة أبعرة الى أجـــل » ولأنهما مالان لا يجرى فيهما ربا الفضل ، فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ولأن النساء أحد نوعى الربا فلم يجز فى الأموال كلها كالنوع الآخر

والرواية الثـــانية : يحرم النساء فى كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان ، والثياب بالثياب، ولا يحرم فى غير ذلك ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء : ابن الحنفية وعبد الله بن عمير وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثورى ، وروى ذلك عن عمار وابن عمر لما روى سمرة « أن النبى (ص) نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، ولأن الجنس أحد وصفى علة ربا الفضل ، فحرم النساء كالكيل والوزن .

والثالثة : لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا ، فأما مع التماثل فلا ، لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد » .

قال الترمذى : هذا حديث حسن ، وروى ابن عمر « أن رجلا قال : يارسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالابل ؟ فقال : لا بأس إذا كان يداً بيد » من المسند وهذا يدل على إباحة النساء مع التماثل بمفهومه .

والرابعة : يحرم النساء فى كل مال بيع بمال آخر ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، وهذا ظاهر كلام الخرقى ، ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة ؛ لأنه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا ، قال القاضى : فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم العروض نقداً والدراهم نسيئة جاز وان كانت الدراهم نقداً والعروض نسيئة لم يجز ؛ لأنه يفضى إلى النسيئة فى العروض ، وهذه الرواية ضعيفه جداً ؛ لانه إثبات حكم يخالف الاصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح ، فإن فى المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر فى تحريم الفضل ، فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار ، وما هذا سبيله

لا يجوز إثبات الحكم فيه ، وان لم يخالف أصلا فكيف يثبت مع مخالفة الا صل في حل البيع ؟ وأصح الروايات : هي الأولى لموافقتها الأصل ، والأحاديث المخالفة لها ، قال أبو عبد الله : ليس فيها حديث يعتمد عليه ، ويعجبني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا ، فقال : هما مرسلان ، وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة .

قال الأثرم . قال أبو عبد الله لا يصح سماع الحسن من سمرة ، وحديث جابر قال أبو عبد الله : هذا حجاج زاد فيه « نساء » وليث بن سعد سمعه من أبي الزبير ولا يذكر فيه « نساء » وحجاج هذا هو حجاج بن أرطاة ، قال يعقوب بن شيبة : هو واهي الحديث ؛ وهو صدوق .

وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود ففيه روايتان : احداهما : يحرم النساء فيهما ، والثانية : لا يحرم ، كما لو باع معدوداً بمعدود من غير جنسه .

« مسألة » قال ﴿ ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه إلا العرايا ﴾

أراد الرطب مما يجرى فيه الربا ، كالرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، واللبن بالجبن ، والحنطة المبلولة ، أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنيئة ونحو ذلك ، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابن عبد البر : جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الاحوال ، وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، لانه لا يخلو إما أن يكون من جنسه فيجوز ، لقوله عليه السلام « التمر بالتمر مثلا بمثل » أو من غير جنسه ، فيجوز لقوله عليه السلام « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » . ولنا قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر » وفي لفظ « نهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا » متفق عليه ، وعن سعد « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال : أينقص الرطب اذا يبس ؟ قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » رواه مالك وأبو داود والأثرم وابن ماجه ، ولفظ رواية الأثرم قال « فلا إذاً » نهى وعلل

بأنه ينقص اذا يبس ؛ وروى مالك عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا » ولانه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان ، فلم يجز كبيع المقلية بالنيئة ، ولا يلزم الحديث بالعتيق ، لان التفاوت يسير ، قال الخطابي : وقد تكلم بعض الناس فى اسناد حديث سعد بن أبى وقاص فى بيع الرطب بالتمر ، وقال : زيد أبو عياش راويه ضعيف ، وليس الأمر على ما توهمه ، وأبو عياش مولى بنى زهرة معروف ، وقد ذكره مالك فى الموطأ ، وهو لا يروى عن متروك الحديث .

(فصل) فأما بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله ، فيجوز مع التماثل فى قول أكثر أهل العلم ، ومنع منه الشافعى فيما ييبس ، فأما مالا ييبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين ، لأنه لا يعلم تساويهما حالة الادخار ، فأشبه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبرى من أصحابنا الى هذا ، وحمل كلام الخرقى عليه ، لقوله فى اللحم : لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً ، ويجوز اذا تناهى جفافه مثلا بمثل ، ومفهوم كلام الخرقى ههنا اباحة ذلك ، لأن مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر اباحة بيع كل واحد منهما بمثله ، ولأنهما تساويا فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان ، فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ، ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه ، وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا فى معناه فبقى على العموم ، وما ذكره لا يصح ، فإن التفاوت كثير ، وينفرد أحدهما بالنقصان ، بخلاف مسألتنا ، ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق . لأن التفاوت فى ذلك يسير ولا يمكن ضبطه ، فيعفى عنه .

« مسألة » قال ﴿ ولا يباع ما أصله الكيل بشىء من جنسه وزناً ، ولا ما أصله الوزن كيلا ﴾

لا خلاف بين أهل العلم فى وجوب المماثلة فى بيع الاموال التى يحرم التفاضل فيها ، وأن المساواة المراعية هى المساواة فى المكيل كيلا وفى الموزون وزناً ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها . وان لم يوجد لم يصح البيع ،

وإن تساويا فى غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل العلم ، لا نعلم أحداً خالفهم إلا مالكا قال : يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافا .

ولنا قول النبي (ص) « الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن والبر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل» رواه الأثرم فى حديث عبادة؛ ورواه أبو داود ولفظه « البر بالبر مدى بمدى والشعير بالشعير مدى بمدى والملح بالملح مدى بمدى ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى »

فأمر بالمساواة فى الموزونات المذكورة فى الوزن ، كما أمر بالمساواة فى المكيلات فى الكيل . وماعدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ومشبه بهما ، ولأنه جنس يجرى فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل ؛ ولأنه موزون من أموال الربا ، فأشبه الذهب والفضة ، ولأن حقيقة الفضل مبطلة للبيع ولا نعلم عدم ذلك إلا بالوزن ، فوجب ذلك كما فى المكيل والاثمان

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا ولا بيع الموزون بالموزون كيلا ، لأن التماثل فى الكيل مشترط فى المكيل ، وفى الوزن فى الموزون ، فمتى باع رطلا من المكيل برطل حصل فى الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان فى الكيل ، وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوى فلا يصح ، كما لو باع بعضه ببعض جزافا ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالكيل فلا يتحقق التماثل فى الوزن فلم يصح كما ذكرنا فى المكيل

﴿ فصـــل ﴾

ولو باع بعضه ببعض جزافا ، أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز إذا كانا من صنف واحد ، وذلك لما روى مسلم عن جابر قال « نهى رسول الله (ص) عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر » وفى قول النبي (ص « الذهب بالذهب وزنا بوزن » الى تمـــام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه الا كذلك ، ولأن التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

(فصـل) ومالا يشترط التماثل فيه كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا . وهذا ظاهر كلام الخرقى لتخصيصه ما يكال بمنع بيعه

بشيء من جنسه وزناً ، وما يوزن بمنع بيعه من جنسه كيلا . وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدرى كم كيل هذه ، ولا كيف هذه ؟ من صنف واحد غير جائز ، ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب جماعة من أصحابنا الى منع بيع المكيل بالمكيل جزافا وبيع الموزون بالموزون جزافا . وقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم : أكره ذلك

قال ابن أبى موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزافا ، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا ، اتفقت الاجناس أو اختلفت ، ولا بأس ببيع المكيل بالموزن جزافا ، وقال ذلك القاضى والشريف أبو جعفر . وذلك لأن النبى (ص) « نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة » ولأنه بيع مكيل بمكيل أشبه الجنس الواحد .

ولنا قول النبى (ص) «فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد» ولأن قول الله تعالى (٢ ، ٢٧٥ وأحل الله البيع) عام خصصناه فى الجنس الواحد الذى يجب التماثل فيه ؛ ففيما عداه يجب البقاء على العموم ، ولأنه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا من الطرفين كالمكيل بالموزون

يحققه أنه اذا كان حقيقة الفضل لا يمنع ، فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً ، وحديثهم أراد به الجنس الواحد ، ولهذا جاء فى بعض ألفاظه « نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر » ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون فنقيس عليه محل النزاع ، وما ذكر من القياس غير صحيح لأن المكيل من جنس واحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازفة لفوات المماثلة المشروطة ، وفى الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل ، فاحتماله أولى أن لا يكون مانعا .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة ، وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما لم يصح لما ذكرنا ، وان علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترط ، وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع والا فلا ، وان باع صبرة بصبرة من غير جنسها صح عند من يجوز

بيع المكيل بالمكيل جزافا ، وإن قال : بعتك هذه الصبرة بهذه مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع ؛ وإن زادت إحداهما فرضى صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضى صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز ، وإن امتنعا فسخ البيع بينهما ، ذكر هذا الفصل القاضى وهو مذهب الشافعى .

فصل

ويجوز قسم المكيل وزناً وقسم الموزون كيلا وقسم الثمار خرصا وقسم مالا يجوز بيع بعضه ببعض لأن القسمة إفراز حق وليست بيعاً ، ونقل عن ابن بطة ما يدل على أنها بيع ، فيثبت فيها أحكام البيع ، ويمنع فيها ما ذكرناه ، لأن كل جزء من ذلك مشترك بينهما فإذا تعين لكل واحد منهما حق فقد اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه ، وللشافعى قولان كالمذهبين ، والظاهر أنها إفراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخول القرعة فيها ولزومها بها ، والإجبار عليها ، وأنها لا تفتقر إلى لفظ بيع ولا تمليك ، ولا يدخلها خيار ، ولا تجوز إلا بقدر الحقين ، ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم . وتغاير الأحكام والأسماء دليل على اختلافهما ، وروى عن ابن عباس أنه قال « قسمت الصحابة رضى الله عنهم الغنائم بالحجف » وذلك كيل الأثمان بمحضر من جماعة كثيرة منهم وانتشر فى بقيتهم فلم ينكر ، فصار إجماعا على ما قلناه .

(فصل فى معرفة المكيل والموزون والمرجع فى ذلك إلى العرف بالحجاز) فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، وبهذا قال الشافعى ، وحكى عن أبى حنيفة : أن الاعتبار فى كل بلد بعادته .

ولنا ما روى عبد الله بن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة » والنبى صلى الله عليه وسلم إنما يحمل كلامه على بيان الأحكام ولأن ما كان مكيلا بالحجاز فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم فى تفاضل الكيل إليه ، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون ، وما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين :

أحدهما : يرد إلى أقرب الأشياء شبها به بالحجاز ، كما أن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها ، وهو القياس .

والثاني : يعتبر عرفه في موضعه فإن لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه إلى العرف ، كالقبض والاحراز والتفرق ، وهذا قول أبي حنيفة ، وعلى هذا ان اختلفت البلاد ، فالاعتبار بالغالب فإن لم يكن غالب بطل هذا الوجه وتعين الأول ومذهب الشافعي على هذين الوجهين ، فالبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم « البر بالبر كيلا بكيل ، والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والأبازير والأشنان والجص والنورة وما أشبهها ، والتمر مكيل ، وهو من المنصوص عليه .

وكذلك سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما . وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار ، مثل الزبيب والفستق والبندق والعناب والمشمش والبطم والزيتون واللوز والملح مكيل ، وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الملح بالملح مدى بمدى » والذهب والفضة موزونان ، ثبت ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزناً بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض كالحديد والنحاس والصفر والرصاص والزجاج والزئبق ومنه الأبريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ، ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع وما أشبهه ، وكذلك الزعفران والعصفر والورس وما أشبه ذلك .

فصـــل

والدقيق والسويق مكيلان لأن أصلهما مكيل ولم يوجد ماينقلهما عنه ولأنهما يشبهان ما يكال ، وذكر القاضي في الدقيق ، أنه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن ، ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلا وهو موزون كالخبز .

ولنا ما ذكرناه ولانه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطرة صاع من دقيق ، وقد جاء في الحديث ، والصاع إنما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الاقط مكيلا لان في حديث صدقة الفطر « صاع من أقط »

(فصل) فأما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل والخل والدبس ونحو ذلك ، فالظاهر أنها مكيلة ، قال القاضي في الادهان : هي مكيلة ، وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا وقال أصحاب الشافعي . لا يباع اللبن بعضه ببعض إلا كيلا ، وقد روى عن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن ؟ فقال : نعم

كيلا أو وزنا ، وذلك لان الماء مقدر بالصاع ، ولذلك «كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل الصاع ؛ ويغتسل هو وبعض نسائه من الفرق » وهذه مكاييل قدر بها الماء ، وكذلك سائر المائعات ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع ما فى ضروع الانعام إلا بالكيل » رواه ابن ماجه .

وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز فى كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك ، كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضراوات والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى ونحوها ، فهذه المعدودات إذا اعتبرنا التماثل فيها فإنه يعتبر التماثل فى الوزن لانه أخصر ؛ ذكره القاضى فى الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعى ، والآخر قالوا : يعتبر ما أمكن كيله بالكيل ، ولان الاصل الاعيان الاربعة ، وهى مكيلة ، ومن شأن الفرع أن يرد الى أصله بحكمه ، والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل ، فكذلك يكون حكم فروعها .

ولنا أن الوزن أخصر ، فوجب اعتباره فى غير المكيل والموزون ؛ كالذى لا يمكن كيله ؛ وانما اعتبر الكيل فى المنصوص عليه ، لانه يقدر به فى العادة ؛ وهذا بخلافه .

« مسألة » قال ﴿ والتمور كلها جنس ، وان اختلفت أنواعها ﴾

الجنس : هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها ، والنوع : الشامل لأشياء مختلفة أشخاصها ، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة الى ما تحته ، نوعا بالنسبة الى ما فوقه ؛ والمراد هنا : الجنس الاخص ؛ والنوع الاخص ، فكل نوعين اجتمعا فى اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الحنطة ، فالتمور كلها جنس واحد ، لان الاسم الخاص يجمعها ، وهو التمر ، وان كثرت أنواعه ، كالبرنى والعقلى والابراهيمى والخاستوى وغيرها ، وكل شيئين اتفقا فى الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل ؛ وان اختلفت الانواع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مثلا بمثل ؛ والبر بالبر مثلا بمثل » الحديث بتمامه ، فاعتبر المساواة فى جنس التمر بالتمر والبر بالبر » ثم قال « فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وفى لفظ « فإذا

اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وفى لفظ « إلا ما اختلفت ألوانه » ولا خلاف بين أهل العلم علمناه فى وجوب المساواة فى التمر بالتمر وسائر ما ذكر فى الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها .

(فصل) فإن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين فهما جنسان كالأدقة والأخباز والخلول والأدهان وعصير الأشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكى عن أحمد : أن خل التمر وخل العنب جنس ، وحكى ذلك عن مالك ، لأن الاسم الخاص يجمعهما ، والصحيح : أنهما جنسان لأنهما من أصلين مختلفين فكانا جنسين ، كدقيق الحنطة ودقيق الشعير ، وما ذكر للرواية الأخرى منتقض بسائر فروع الأصول التى ذكرناها ، وكل نوع مبنى على أصله ، فإذا كان شيئان من أصلين فهما جنسان ، فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ، ودهن السمك والشيرج ودهن الجوز ودهن اللوز والبزر أجناس ، وعسل النحل وعسل القصب جنسان ، وتمر النخل وتمر الهند جنسان ، وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس واحد ، وإن اختلفت مقاصدهما ، فدهن الورد والبنفسج والزنبق ودهن الياسمين إذا كانت من دهن واحد فهى جنس واحد ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعى .

وله قول آخر . لا يجرى الربا فيها لأنها لا تقصد للأكل ، وقال أبو حنيفة : هى أجناس لان مقاصدها مختلفة .

ولنا أنها كلها شيرج وإنما طيبت بهذه الرياحين فنسبت إليها ، فلم تصر أجناساً كما لو طيب سائر أنواع الاجناس ، وقولهم لا تقصد الرياحين للأكل ، قلنا . هى صالحة للأكل وإنما تعد لما هو أعلى منه ، فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره ، وقولهم : إنها أجناس لا يصح لانها من أصل واحد ويشملها اسم واحد ، فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة :

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين ، كالتمر يشتمل على النوى وغيره ، وهما جنسان ، واللبن يشتمل على المخيض والزبد ، وهما جنسان ، فما داما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد ، فإذا ميز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الاصليين :

فصل

فى بيع التمر بالتمر وفروعه ، يجوز بيع التمر بالتمر كيلا بكيل بغير خلاف وسواء تساويا فى الجودة والرداءة ، وفى كونهما ينكبسان فى المكيال أو اختلفا فى ذلك ، قيل لأحمد . صاع تمر بصاع تمر وأحد التمرين يدخل فى المكيال منه أكثر ؟ فقال : إنما هو صاع بصاع ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مدى بمدى — ثم قال — من زاد أو ازداد فقد أربى » فإن كان فى كل واحد منهما نواه جاز بيعه متساويا بغير خلاف ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أن التمر يكون فيه النوى وإن نزع من كل واحد منهما نواه جاز أيضا ، وقال أصحاب الشافعى : لا يجوز فى أحد الوجهين ، لانهما لم يتساويا فى حال الكمال ، ولانه يتجافى فى المكيال .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مدى بمدى » ولانهما تساويا فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان : فجاز ، كما لو كان فى كل واحد منهما نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا لذلك ، وإذا باع تمراً منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجز ، لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر ، وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز ، لانه زالت التبعية بنزعه ، فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة ، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز متفاضلا ومتساويا ، لانهما جنسان ، وإن باع النوى بتمر نواه فيه ، فعلى روايتين ، منع منه فى رواية مهنا وأحمد بن القاسم لان التمر نوى فيصير كمد عجوة ، وكما لو باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى ، وأجاز ذلك فى رواية ابن منصور ، ولان النوى فى التمر غير مقصود ، ولذلك جاز بيع التمر بالتمر فى كل واحد منهما نواه ، وصار هذا كبيع دار مموه سقفها بالذهب بذهب . فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لان النوى الذى فى التمر لا عبرة به ، فصار كبيع النوى بمنزوع النوى .

(فصل) ويصنع من التمر : الدبس والخل والناطف والقطارة ، ولا يجوز بيع التمر بشىء منها لان مع بعضها من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد ، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معها شيئا مقصوداً من جنسهما فينزل منزلة مد عجوة ، ويجوز بيع القطارة والدبس والخل كل نوع بعضه ببعض متساويا

قال أحمد فى رواية مهنا ، فى خل الدقل : يجوز بيع بعضه ببعض متساويا ، وذلك لان الماء فى كل واحد منهما غير مقصود ، وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر فى كل واحد منهما نواه ، ولا يباع نوع بنوع آخر لان فى كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر ، فيفضى الى التفاضل .

(فصل) والعنب كالتمر فيما ذكرناه ، الا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب لانفراد كل واحد منهما بما ليس من جنسه ، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض .

« مسألة » قال (والبر والشعير جنسان)

هذا هو المذهب . وبه يقول الثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وعن أحمد : أنهما جنس واحد ، وحكى ذلك عن سعد بن أبى وقاص وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث وابن معيقيب الدوسى والحكم وحماد ومالك والليث ، لما روى عن معمر بن عبد الله « أنه أرسل غلامه بصاع قمح ؛ فقال : بعه ثم اشتر به شعيراً ، فذهب الغلام ؛ فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمراً أخبره بذلك ، فقال له معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ، ولا تأخذن إلا مثلا بمثل ، فإن النبي (ص) نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير ، قيل : فإنه ليس بمثله قال إنى أخاف أن يضارع » أخرجه مسلم ، ولأن أحدهما يغش بالآخر فكانا كنوعى الجنس .

ولنا قول النبي (ص) « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفى لفظ « لا بأس ببيع البر بالشعير ؛ والشعير أكثرهما يداً بيد ، وأما نسيئة فلا » وفى لفظ « فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح صحيح ، لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولانهما لم يشتركا فى الاسم الخاص فلم يكونا جنساً واحداً كالتمر والحنطة ، ولأنهما مسميان فى الأصناف الستة ، فكانا جنسين كسائرها وحديث معمر لا بد فيه من إضمار الجنس ، بدليل سائر أجناس الطعام ؛ ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو الشعير ، فإنه قال فى الخبر « وكان طعامنا يومئذ الشعير » ثم لو كان عاما لوجب تقديم الخاص الصريح عليه ، وفعل معمر

وقوله لا يعارض به قول النبى (ص) . وقياسهم ينتقض بالذهب والفضة .

(فصل فى الحنطة وفروعها) وفروعها نوعان . أحدهما : ما ليس فيه غيره كالدقيق والسويق ، والثانى : ما فيه غيره ، كالخبز والهريسة والفالوذج والنشاء وأشباهها ، ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها ، وهى ثلاثة أقسام :

أحدها : السويق ، فلا يجوز بيعه بالحنطة ، وبهذا قال الشافعى ، وحكى عن مالك وأبى ثور جواز ذلك متماثلا ومتفاضلا .

ولنا أنه بيع الحنطه ببعض أجزائها متفاضلا فلم يجز كبيع مكوك حنطة بمكوكى دقيق ، ولا سبيل الى التماثل ، لأن النار قد أخذت من أحدهما دون الآخر ، فأشبهت المقلية .

القسم الثانى ما معه غيره ، فلا يجوز بيعها به أيضاً ، وقال أصحاب أبى حنيفة يجوز ذلك بناء على مسألة مد عجوة ، وسنذكر الدليل على ذلك ان شاء الله تعالى

القسم الثالث : الدقيق فلا يجوز بيعها به فى الصحيح ، وهو مذهب سعيد ابن المسيب والحسن والحكم وحماد والثورى وأبى حنيفة ومكحول ، وهو المشهور عن الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى ، أنه جائز ، وبهذا قال ربيعة ومالك ، وحكى ذلك عن النخعى وقتادة وابن شبرمة وإسحاق وأبى ثور ، لأن الدقيق نفس الحنطه ، وإنما تكسرت أجزاؤها ، فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطه المكسرة بالصحاح ، فعلى هذا إنما تباع الحنطة بالدقيق وزناً ، لأنها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت ، فتأخذ من المكيال مكانا كبيراً ، والحنطة تأخذ مكانا صغيراً والوزن يسوى بينهما ، وبهذا قال اسحاق .

ولنا أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطه بجنسها متفاضلا فحرم ؛ كبيع مكيلة بمكيلتين ، وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءها ، فيحصل فى مكيالها دون مايحصل فى مكيال الحنطة ، وان لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل ، والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ، ولذلك لم يجز بيع بعضها ببعض جزافا وتساويهما فى الوزن لا يلزم منه التساوى فى الكيل ، والحنطة والدقيق مكيلان لأن الأصل الكيل ولم يوجد ما ينقل عنه ، ولأن الدقيق يشبه المكيلات ، فكان مكيلا

كالحنطة ، ثم لو كان موزونا لم يتحقق التساوى بين المكيل والموزون ، لأن المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل .

(فصل) فأما بيع بعض فروعها ببعض ، فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا ، وبه قال أبو حنيفة والمشهور عن الشافعى : المنع من ذلك ، لانه يعتبر تساويهما حالة الكمال ، وهو حال كونها حنطه ، وقد فات ذلك لان أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفه ، فيستويان دقيقاً ولا يستويان حنطه .

ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز ، كبيع التمر بالتمر .

اذا ثبت هذا . فإنما يباع بعضه ببعض كيلا ، لان الحنطة مكيلة ولم يوجد فى الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ، ويشترط أن يتساويا فى النعومة ، ذكره أبو بكر وغيره من أصحابنا ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنهما اذا تفاوتا فى النعومه تفاوتا فى ثانى الحال ، فيصير كبيع الحنطه بالدقيق ، وذكر القاضى أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا ولا وجه له ، وقد سلم فى السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله ، فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح : أنه لا يجوز ، وهو مذهب الشافعى ، وروى عن أحمد : أنه يجوز ، لان كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره ، فأشبه الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق :

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجز بيع بعضه ببعض كالمقلية بالنيئة ، وروى عن مالك وأبى يوسف ومحمد وأبى ثور : أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا . لانهما جنسان .

ولنا أنهما أجزاء جنس واحد ، فلم يجز التفاضل بينهما ، كالدقيق مع الدقيق والسويق بالسويق .

(فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان :

أحدهما : أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود فى نفسه انما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء ، فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه اذا تساويا فى النشافة والرطوبة ويعتبر التساوى فى الوزن ، لانه يقدر به فى العادة ولا يمكن كيله ، وقال مالك :

إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به ، وان لم يوزن به ، قال الاوزاعى وأبو ثور ، وحكى عن أبى حنيفة : لا بأس به قرصا بقرصين ، وقال الشافعى : لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال ؛ الا أن ييبس ويدق دقا ناعما ويباع بالكيل ، ففيه قولان ، لانه مكيل يجب التساوى فيه ولا يمكن كيله ، فتعذرت المساواة فيه ولأن فى كل واحد منهما من غير جنسه ، فلم يجز بيعه به كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرهما . ولنا على وجوب التساوى أنه مطعوم موزون ، فحرم التفاضل فيهما كاللحم واللبن ، ومتى وجب التساوى وجبت معرفة حقيقة التساوى فى المعيار الشرعى ، كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق .

ولنا على الشافعى : أن معظم نفعه فى حال رطوبته ، فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله غير موزون كاللحم والأدهان ، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص فى ثانى الحال ، فأشبه الرطب بالتمر ، ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما اذا لم يكثر لأن ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه : أشبه بيع الحديثة بالعتيقة ، ولا يلزم ما فيه من الملح والماء ، لأن ذلك ليس بمقصود فيه ويراد لمصلحته ، فهو كالملح فى الشيرج ، وان يبس الخبز فدق وجعل فتيتاً بيع بمثله كيلا ، لأنه أمكن كيله فرد الى أصله ، وقال ابن عقيل : فيه وجه آخر : أنه يباع بالوزن ، لانه انتقل اليه

النوع الثانى : مافيه غيره مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة والفالوذج وخبز الابازير والخشكنانج والسنبوسك ونحوه ، فلا يجوز بيع بعضه ببعض ، ولا بيع نوع بنوع آخر ، لان كل واحد منهما يشتمل على ماليس من جنسه ، وهو مقصود كاللحم فى الهريسة ، والعسل فى الفالوذج ، والماء والدهن فى الخزيرة ، ويكثر التفاوت فى ذلك ، فلا يتحقق التماثل فيه ، وإذا لم يمكن التماثل فى النوع الواحد ففى النوعين أولى :

(فصـــل) والحكم فى الشعير وسائر الحبوب كالحكم فى الحنطة ، ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب ، والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثله بينهما ، والله أعلم .

« مسئلة » قال ﴿ وسائر اللحمان جنس واحد ﴾

أراد جميع اللحم وجمعه ـ وهو اسم جنس ـ لاختلاف أنواعه ، ظاهر كلام الخرقى أن اللحم كله جنس واحد ، وذكره أبو الخطاب وابن عقيل رواية عن أحمد ، وهو قول أبي ثور وأحد قولى الشافعي ؛ وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن أحمد ، وقال الأنعام والوحوش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة ، وإنما فى اللحم روايتان

إحداهما أنه أربعة أجناس كما ذكرنا ، وهو مذهب مالك ، إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً ، فيكون عنده ثلاثة أصناف

والثانية أنه أجناس باختلاف أصوله ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولى الشافعي وهى أصح ، لأنها فروع أصول هى أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأخباز . وهذا اختيار ابن عقيل ، واختيار القاضي أنها أربعة أجناس، وحمل كلام الخرقى عليها ، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد إلى أكلها فكانت أجناساً . وهذا ضعيف جداً لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها فى أربعة أجناس ، ولا نظير لهذا فيقاس عليه ؛ ولا يصح حمل كلام الخرقى عليه لعدم احتمال لفظه له وتصريحه فى الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث ، فيتعين حمل كلامه على عمومه فى أن جميع اللحم جنس ، لأنه اشترك فى الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه ، فكان جنسا واحداً كالطلع ، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله . وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندى والتمر البرنى وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك .

فعلى هذا لحم الإبل كله صنف ، بخاتيها وعرابها ، والبقر عرابها وجواميسها صنف ، والغنم ضأنها ومعزها صنف ، ويحتمل أن يكونا صنفين ، لأن الله تعالى سماها فى الأزواج الثمانية فقال (٦ ، ١٤٣ ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقر . فقال (٦ ، ١٤٤ ومن الابل اثنين ومن البقر اثنين)

والوحش أصناف : بقرها صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف ، وكل ما له اسم يخصه فهو صنف ، والطيور أصناف ، كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومتماثلا ، ويباع بصفة متماثلا ، ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز عنده بيع لحم بلحم إلا متماثلا

« مسألة » قال (ولا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً ، ويجوز إذا تناهى جفافه مثلا بمثل) .

اختار الخرقي أنه لا يباع بعضه ببعض إلا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها ، وهو مذهب الشافعي . وذهب أبو حفص في شرحه إلى هذا . قال القاضي : والمذهب جواز بيعه ؛ ونص عليه

وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ، ينبه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب ، فإن حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه ، فإذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ، ولأنه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص ، فجاز كبيع اللبن باللبن. فأما بيع رطبه بيابسه أو نيئه بمطبوخه أو مشويه فغير جائز لانفراد أحدهما بالنقص في الثاني فلم يجز كالرطب بالتمر

فصل

قال القاضي : ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام ، كما لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا بعد التصفية . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الاباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه ، قال في رواية حنبل إذا صار إلى الوزن مثلا بمثل رطلا برطل فأطلق ولم يشترط شيئا ، وذلك لأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة فلم يشترط نزعه كالنوى في التمر ، وفارق العسل من حيث ان اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل لا من أصل الخلقة

(فصل) واللحم والشحم جنسان ، والكبد صنف والطحال صنف والقلب صنف والمخ صنف ، ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلا . وقال القاضي:

لا يجوز بيع اللحم بالشحم ، وكره مالك ذلك إلا أن يتماثلا ، وظاهر المذهب : إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنهما جنسان ، فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة ، وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح ، لأن الشحم لا يظهر ، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود ، فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم ، لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ، ثم لا يصح هذا عند القاضي : لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده ، فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم ، وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمر جنس واحد ، وأن الألية والشحم جنسان ، وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا لقوله : إن اللحم لا يخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم ، فعلى قوله كل أبيض في الحيوان يذوب بالأذابة ويصير دهنا فهو جنس واحد ، وهذا أصح لقوله تعالى (٦ : ١٤٦ حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما) فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ، ولانه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده ، فكان شحما كالذي في البطن .

(فصل) وفي اللبن روايتان : إحداهما : هو جنس واحد ، لما ذكرنا في اللحم ، والثانية : هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم ، وهذا مذهب الشافعي ، وبه قال مالك : لان الانعام كلها جنس واحد ، وقال ابن عقيل : لبن البقر الاهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملهما ، وليس بصحيح لان لحمها جنسان ، فكان لبنها جنسين كالإبل والبقر ، ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يدا بيد وبجنسه متماثلا كيلا ، قال القاضي : هو مكيل لا يباع إلا بالكيل لانه العادة فيه ، ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين ، أو أحدهما حليب والآخر حامض لان تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة ، وان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه لان معه من غير جنسه لغير مصلحته .

(فصل) ويتفرع من اللبن قسمان . ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والمخيض واللبأ ، وما فيه غيره ، وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن لانه مستخرج من اللبن ، فلم

يجز بيعه بأصله الذى فيه منه كالحيوان باللحم والسمسم بالشيرج ، وهذا مذهب الشافعى ، وعن أحمد : أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذى فى اللبن ، وهذا يقتضى جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا قال القاضى : وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الشيئين اذا دخلهما الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة، ودرهم بمدين والصحيح : أن هذه الرواية دالة على جواز البيع فى مسألة مد عجوة ، وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها ، لكنها مخالفة لظاهر المذهب ، والحكم فى السمن كالحكم فى الزبد ، وأما اللبن بالمخيض الذى فيه زبده فلا يجوز ، نص عليه أحمد ، فقال : اللبن بالمخيض لا خير فيه ، ويتخرج الجواز كالتى قبلها ، وأما اللبن باللبأ ، فإن كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا ، لانه لبن بلبن ، وان مسته النار لم يجز ، وذكر القاضى وجها : أنه يجوز ، وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء أحدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار ، كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة . وهذا مذهب الشافعى ، وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكامخ ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره لانه مختلط بغيره فهو كمسألة مد عجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره الا أن ذلك الغير لمصلحته فيجوز بيع كل نوع منه بعضه ببعض اذا تساويا فى النشافة والرطوبة ، فيبيع المخيض بالمخيض ، واللبأ باللبأ ، والجبن بالجبن ؛ والمصل بالمصل ، والاقط بالاقط ، والزبد بالزبد ، والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوى بين الاقط بالأقط بالكيل لأنه قدر بالصاع فى صدقة الفطر . وهو يشبه المكيلات وكذلك المصل والمخيض ويباع الخبز بالخبز بالوزن لأنه موزون ولا يمكن كيله فأشبه الخبز[1] وكذلك الزبد والسمن ، ويتخرج أن يباع السمن بالكيل ، ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويحتمل كلام الخرقى أن لا يباع رطب من ذلك برطب كاللحم ، وأما بيع ما نزع من اللبن بنوع آخر كالزبد والسمن والمخيض ، فظاهر المذهب : أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض متماثلا ومتفاضلا لانهما جنسان ، وذلك لأنهما شيئان من أصل

(١) كذا فى الأصل .

واحد أشبها اللحم بالشحم ، وممن أجاز بيع الزبد بالمخيض : الثورى والشافعى وإسحاق ولان اللبن الذى فى الزبد غيرمقصود ، وهو يسير فأشبه الملح فى الشيرج وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلو السمن من المخيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن ، لان فى الزبدلبناً يسيراً ولا شىء فىالسمن ، فيختل التماثل ولانهمستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت ، وهذا مذهب الشافعى : وقال القاضى عندى يجوز لأن اللبن فى الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ، ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله ، وهذا لا يصح لأن التماثل واجب بينهما ، وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز بيعهبه ، كتمرمنزوع النوى بتمر فيه نواه ، ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد فى الآخر ، فأشبه الرطب بالتمر والعنب بالزبيب ، وكل رطب بيابس من جنسه ، ولا يجوز بيع شىء من الزبد والسمن والمخيض بشىء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما ، لأن هذه الأنواع لم ينتزع منها شىء فيكون حكمها حكم اللبن الذى فيه زبده ، فلم يجز بيعها بها كبيع اللبن بها وأما بيع الجبن بالأقط فلا يجوز مع رطوبتهما أو رطوبة أحدهما ،كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر ، وان كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضا ، لأن الجبن موزون والأقط مكيل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر ، كالخبز بالدقيق ، ويحتمل الجواز إذا تماثلا ، كبيع الخبز بالخبز .

« مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان ﴾

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، وهو مذهب مالك والشافعى وقول فقهاء المدينة السبعة . وحكى عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره . وقال أبو حنيفة يجوز مطلقا ، لانه باع مال الربا بمالا ربا فيه ، أشبه بيع اللحم بالدراهم أو بلحم من غير جنسه

ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع اللحم بالحيوان » رواه مالك فى الموطأ عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن عبد البر : هذا أحسن أسانيده . وروى عن النبى (ص) أنه نهى أن يباع حى بميت » ذكره الامام أحمد . وروى عن ابن عباس أن جزوراً نحرت ، فجاء

رجل بعناق فقال : أعطونى جزءاً بهذا العناق ، فقال أبو بكر : لا يصلح هـذا ، قال الشافعى لا أعلم مخالفاً لأبى بكر فى ذلك . وقال أبو الزناد : وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ، ولأن اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذى فيه منه ، فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج . وبهـذا فارق ما قاسوا عليه . وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والخرقى أنه لا يجوز ، فإن أحمد سئل عن بيع الشاة باللحم فقال لا يصح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يباع حى بميت » واختار القاضى جوازه ، وللشافعى فيه قولان . واحتج من منعه بعموم الأخبار وبأن اللحم كله جنس واحد . ومن أجازه قال : مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كما لو باعه بالأثمان ، وان باعه بحيوان غير مأكول اللحم جاز فى ظاهر قول أصحابنا . وهو قول عامة الفقهاء

(فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذى فيه منه ، كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الأدهان بأصولها والعصير بأصله ، كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر ، لا يباع شيء منها بأصله . وبه قال الشافعى وابن المنذر . وقال أبو ثور يجوز لأن الاصل مختلف والمعنى مختلف . وقال أبو حنيفة يجوز اذا علم يقينا أن ما فى الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد ، وإن لم يعلم لم يجز

ولنا أنه مال ربا بيع بأصله الذى فيه منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان ، وقد أثبتنا ذلك بالنص .

(فصل) فأما بيع شيء من هذه المعتصرات بجنسه فيجوز متماثلا ، ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء لأنهما جنسان ، ويعتبر التساوى فيهما بالكيل لأنه يقدر به ويباع به عادة ، وهذا مذهب الشافعى ، وسواء كانوا مطبوخين أو نيئين . وقال أصحاب الشافعى : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه ، لأن النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدى إلى التفاضل

ولنا أنهما متساويان فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص ، فأشبه النيء بالنيء، فأما بيع النيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لأن أحدهما ينفرد بالنقص فى ثانى الحال فلم يجز بيعه به كالرطب بالتمر . وإن باع عصير شيء من

ذلك بثفله ، فإن كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به ، فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثفله الذى فيه بقية من الزيت ، الا على الرواية التى يجوز فيها مسألة مد عجوة ، فإن لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومتماثلا لأنهما جنسان

(فصل) وإن باع شيئا فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم أو بمدين أو بدرهمين ، أو باع شيئا محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى « مسألة مد عجوة » والمذهب أنه لا يجوز ذلك . نص على ذلك أحمد فى مواضع كثيرة وذكره قدماء الاصحاب . قال ابن أبى موسى فى السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها ، لا يجوز قولا واحداً . وروى هذا عن سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وشريح وابن سيرين ، وبه قال الشافعى وإسحاق وأبو ثور . وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه ، فإن مهنا نقل عن أحمد فى بيع الزبد باللبن : يجوز اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذى فى اللبن . وروى حرب قال : قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفياً ودرهما وأخذت ديناراً شاميا وزنهما سواء ، لكن الكوفى أوضع ؟ قال لا يجوز الا ان ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة . وكذلك روى عنه محمد بن أبى حرب الجرجرائى . وروى الميمونى أنه سأله : لايشترى السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال لا يشتريها حتى يفصلها الا أن هذا أهون من ذلك ، لأنه قد يشترى أحد النوعين بالآخر يفصله ، وفيه غير النوع الذى يشترى به ، فإذا كان من فضل الثمن الا أن من ذهب الى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له فما تقول أنت ؟ قال هذا موضع نظر ، وقال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبة بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم ؟ قال لا أقول فيه شيئا ، قال أبو بكر : روى هـذه المسألة عن أبى عبد الله خمسة عشر نفسا ، كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل الا الميمونى ، ونقل مهنا كلاما آخر . وقال حماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة يجوز هذا كله اذا كان المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه .

وقال الحسن : لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم . وبه قال الشعبي والنخعي ، واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد ، لأنه لو اشترى لحما من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ، ولكن وجب حمله على أنه مذكى تصحيحاً للعقد ، ولو اشترى من إنسان شيئاً جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا أذن له في بيعه ، تصحيحاً للعقد أيضاً ، وقد أمكن التصحيح هنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس ، أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل .

ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال « أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير ، فقال النبي (ص) : لا ، حتى تميز بينهما . قال فرده حتى ميز بينهما » رواه أبو داود ، وفي لفظ رواه مسلم قال « فأمر رسول الله (ص) بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله (ص) : الذهب بالذهب وزنا بوزن » . ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض .

بيانه : أنه إذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الاخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والاخر ثلثها ، فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ولذلك إذا اشترى شقصا وسيفا بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن فإذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابله ثلثي مد ، والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث ؛ فهذا إذا تفاوتت القيم ، ومع التساوي يجهل ذلك ، لان التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص ، وقولهم : يجب تصحيح العقد ، ليس كذلك ؛ بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ، ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نقود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد إليه ، أما اذا اشترى من إنسان شيئاً فإنه يصح ، لان الظاهر أنه ملكه لأن اليد دليل الملك ، واذا باع لحما فالظاهر أنه مذكى ، لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة .

(فصل) فأما إن باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس ، كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين ، أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين ، أو قراضتين ، أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء ، أو تمراً برنيا ومعقليا بإبراهيمي ، فإنه يصح ، قال أبو بكر وأومأ اليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها ، وهو مذهب مالك والشافعي ، لأن العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروى عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن ، نقله أحمد بن القاسم ، لان الانواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الأثمان .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل » الحديث وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المماثله المراعيه ، وهي المماثلة في الموزون وزنا وفي المكيل كيلا ، ولان الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين ، فكذلك إذا اختلفا واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة ، ولانه باع ذهبا بذهب متساويا في الوزن فصح كما لو اتفق النوع ، وانما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعا بنوع يشتمل على جيد ورديء .

(فصل) وان باع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما بيع به الا أنه غير مقصود ، كدار مموه سقفها بالذهب جاز ، لا أعلم فيه خلافا ، وكذلك لو باع دارا بدار مموه سقف كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز ، لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع ، فوجوده كعدمه ، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله ، وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه جاز اذا لم يكن ماله مقصوداً ، لأنه غير مقصود بالبيع فأشبه التمويه في السقف ، ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه ، وإن باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف ، أو باع لبونا بلبون ، وذات صوف بمثلها ، ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز ، اختاره ابن حامد ، وهو قول أبي حنيفة ، وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة ، لان ما فيه الربا غير مقصود فلم يمنع ، كالدار المموه سقفها

والثانى . المنع . وهو مذهب الشافعى ، لأنه باع مال الربا بأصله الذى فيه منه أشبه الحيوان باللحم : والفرق بينهما : أن اللحم فى الحيوان مقصود بخلاف اللبن ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجها واحداً ، لأن اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن ، فأشبه الملح فى الشيرج والخبز والجبن وحبات الشعير فى الحنطة ، ولانعلم فيه أيضا خلافا : وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال .

ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ، ففيه أيضا وجهان :

أحدهما : الجواز . اختاره أبو بكر لان التمر غير مقصود بالبيع .

والثانى : لا يجوز ، ووجه الوجهين : ما ذكرناه فى المسألة قبلها ، واختار القاضى أنه لا يجوز ؛ وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهى معلومة ، بخلاف اللبن فى الشاة ، وهذا الفرق غير مؤثر ، فإن ما يمنع اذا جاز افراده يمنع ، وان لم يجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته ومالا يمنع لا يمنع ، وان جاز افراده كمال العبد .

(فصـــل) وان باع جنسا فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود ، فذلك ينقسم أقساما :

أحدها : أن يكون غير المقصود يسيراً ؛ لا يؤثر فى كيل ولا وزن ، كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير فى الحنطه ، فلا يمنع ، لأنه يسير لا يخل بالتماثل ، وكذلك لو وجد فى أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غـــير المقصود الذى معه ، مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز ، لان وجود ذلك كعدمه .

الثانى : أن يكون غير المقصود كثيراً الا أنه لمصلحة المقصود ، كالماء فى خل التمر والزبيب ودبس التمر ، فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله ، ويتنزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله ، كالرطب بالرطب ، ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لإفضائه الى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب ، ومنع الشافعى ذلك كله الا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر فى الشيرج .

الثالث : أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته ، كاللبن المشوب بالماء والأثمان المغشوشة بغيرها ، فلا يجوز بيع بعضها ببعض ، لأن خلطه ليس من مصلحته ، وهو يخل بالتماثل المقصود فيه ، وان باعه بجنس غير المقصود ، كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم ، احتمل الجواز ؛ لأنه يبيعه بجنس غير مقصود فيه ، فأشبه بيع اللبن بشاة فيها لبن ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الأصل ، وان باع ديناراً مغشوشا بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز ، لأنه يخل بالتماثل المقصود ، وان علم التساوى في الذهب والغش الذى فيهما خرج على الوجهين ، أولاهما : الجواز ، لأنهما تماثلا في المقصود وفي غيره ، ولا يفضى إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة ، لكون الغش غير مقصود ، فكأنه لا قيمة له .

(فصل ولو دفع إليه درهما ، فقال : أعطنى بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوسا أو حاجة أخرى جاز ، لأنه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع إليه درهمين وقال : بعنى بهذا الدرهم فلوسا وأعطنى بالآخر نصفين وان قال : أعطنى بهذا الدرهم نصفا وفلوسا جاز أيضا ، لأن معناه ذلك ولأن ذلك لا يفضى الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فإن قيمة النصف الذى في الدرهم كقيمة النصف الذى مع الفلوس يقينا ، وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء .

(فصل) وما كان مشتملا على جنسين بأصل الخلقة ، كالتمر الذى اشتمل على النوى وما عليه ، والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره وأشباه ذلك ، فهذا إذا قوبل بمثله جاز بيعه به ، ولا نظر إلى ما فيه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم « أجاز بيع التمر بالتمر والحيوان بالحيوان » وقد علم اشتمالهما على مافيهما ، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه كبيع التمر الذى فيه النوى بالنوى ، ففيه عن أحمد روايتان قد ذكرناهما فيما مضى ، فأما العسل قبل تصفيته ، فقال أصحابنا لا يجوز بيع بعضه ببعض لاشتماله على عسل وشمع وذلك بفعل النحل ، فأشبه السيف المحلى .

(فصل) ويحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الإسلام ، وبه قال مالك والأوزاعى وأبو يوسف والشافعى واسحاق ، وقال أبو حنيفة : لا يجرى الربا بين مسلم وحربى في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب : لا ربا

بينهما ، لما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب فى دار الحرب [1] » ولأن أموالهم مباحة : وانما حظرها الأمان فى دار الإسلام ، فما لم يكن كذلك كان مباحاً .

ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا) وقوله (٢ : ٢٧٥ الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) وقال تعالى (٢ : ٢٧٨ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا) وعموم الأخبار يقتضى تحريم التفاضل وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام ، وكذلك سائر الاحاديث ولان ما كان محرما فى دار الإسلام كان محرما فى دار الحرب ، كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لانعرف صحته . ويحتمل أنه أراد النهى عن ذلك : ولا يجوز ترك ماورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة ، وانعقد الإجماع على تحريمه بخبر مجهول لم يرد فى صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به ، وهو مع ذلك مرسل محتمل ، ويحتمل أن المراد بقوله « لا ربا » النهى عن الربا [2] كقوله (٢ : ١٩٧ فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) وما ذكروه من الإباحة منتقض بالحربى إذا دخل دار الاسلام ، فإن ماله مباح الا فيما حظره الأمان ، ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل ، وهو محرم بالاجماع ، فكذا ههنا .

« مسألة » قال (واذا اشترى ذهبا بورق عينا بعين ، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا فله الخيار بين أن يرد أو يقبل اذا كان بصرف يومه ، وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه)

معنى قوله « عينا بعين » هو أن يقول : بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم ، ويشير إليهما وهما حاضران ، وبغير عينه : أن يوقع العقد على موصوف غير مشار إليه فيقول : بعتك ديناراً مصريا بعشرة دراهم ناصرية ، وان وقع القبض فى المجلس وقد يكون أحد العوضين معينا دون الآخر ، وكل ذلك جائز ، والمشهور فى المذهب أن النقود تتعين بالتعيين فى العقود ، فيثبت الملك فى أعيانها ، فعلى هذا إذا تبايعا ذهبا بفضة مع التعيين فيهما ثم تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيبا لم يخل من قسمين

---

(١) الحديث مرسل غريب . (٢) ممنوع لذكر خبر « لا » فى الحديث

أحدهما : أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع ، مثل أن يجد الدراهم رصاصا أو نحاسا ، أو فيه شيء من ذلك ، أو الدينار مسا ، فالصرف باطل نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي ، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات ، إحداهن : البيع باطل ، والثانية : البيع صحيح ، لأن البيع وقع على عينه وللمشترى الخيار بين الامساك أو الرد وأخذ البدل ، والثالثة . يلزمه العقد وليس له رده ولا بدله .

ولنا أنه باعه غير ما سمى له فلم يصح ، كما لو قال : بعتك هذه البغله فإذا هو حمار ، أو هذا الثوب القز فوجده كتانا ، وأما القول بأنه يلزمه المبيع فغير صحيح فإن اشترى معيبا لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر المبيعات ، ثم ان أبا بكر يقول فيمن دلس العيب : لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى فى البيع ؛ فههنا مع اختلاف الذات أولى . القسم الثاني : أن يكون العيب من جنسه ، مثل كون الفضة سوداء أو خشنة تتفطر عندالضرب ، أو سكتها مخالفة لسكة السلطان فالعقد صحيح ؛ والمشترى مخير بين الامساك وبين فسخ العقد والرد ، وليس له البدل لأن العقد واقع على عينه فإذا أخذ غيره أخذ مالم يشتره .

وان قلنا : ان النقد لا يتعين بالتعيين فى العقد فله أخذ البدل ، ولا يبطل العقد لأن الذى قبضه ليس هو المعقود عليه ، فأشبه السلم إذا قبضه فوجد به عيبا وان كان العيب فى بعضه فله رد الكل أو إمساكه ، وهل له رد المعيب وإمساك الصحيح ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة ، والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد كالحكم فى الجنسين على ما ذكرنا ، لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد من ذلك الجنس : أنه اذا وجد بعض العوض معيبا أن يبطل العقد فى الجميع ؛ لأن الذى يقابل المعيب أقل من الذى يقابل الصحيح فيصير كمسألة مد عجوة . ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا فى هذا الفصل سواء

فصل

ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان فى الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة فى أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة فى الجنس الواحد ، وخرج القاضى وجها بجواز أخذ الارش فى المجلس ؛ لان الزيادة طرأت بعدالعقد ، وليس لهذا الوجه وجه ، فإن أرش العيب من العوض يجبر به فى المرابحة ، ويأخذ به الشفيع

ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ، ولو لم يكن من العوض فبأى شيء استحقه المشترى؟فإنه ليس بهبة ، على أن الزيادة فى المجلس من العوض ، ولو لم يكن أرشاً فالأرش أولى ، وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الأرش فى المجلس ، لأن المماثلة غير معتبرة ، وتخلف قبض بعض العوض عن بعض ما داما فى المجلس لا يضر ، فجاز كما فى سائر البيع ، وإن كان بعد التفرق لم يجز ، لأنه يفضى الى حصول التفرق قبل القبض لأحد العوضين ، إلا أن يجعلا الارش من غير جنس الثمن ، كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز ؛ وكذلك الحكم فى سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض ، فإذا كان الأرش مما لا يشترط قبضه ، كمن باع قفيز حنطة بقفيزى شعير فوجد فى أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما جاز ، وان كان بعد التفرق ، لأنه لم يحصل التفرق قبل قبض ما شرط فيه القبض .

(فصل) قول الخرقى « اذا كان بصرف يومه » يعنى الرد جائز ما لم ينقص قيمة ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا ؛ فإن نقصت قيمته كأن أخذ عشرة بدينار فصارت أحد عشر بدينار ، فظاهر كلام أحمد والخرقى أنه لا يملك الرد ، لأن المبيع تعيب فى يده لنقص قيمته ، وان كانت قيمته قد زادت مثل أن صارت تسعة بدينار لم يمنع الرد لأنه زيادة وليس بعيب ، والصحيح أن هذا لا يمنع الرد ، لأن تغيرالسعر ليس بعيب ، ولهذا لا يضمن فى الغصب ولا يمنع من الرد بالعيب فى القرض ولو كان عيبا ، فإن ظاهر المذهب أنه إذا تعيب المبيع عند المشترى ثم ظهر على عيب قديم ، فله رده ورد أرش العيب الحادث عنده وأخذ الثمن

﴿ فصل ﴾

وإن تلف العوض فى الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ورد الموجود وتبقى قيمة العيب فى ذمة من تلف فى يده فيرد مثلها أو عوضها إن اتفقا على ذلك ، سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه . ذكره ابن عقيل . وهو قول الشافعى . قال ابن عقيل : وقد روى عن أحمد جواز أخذ الارش ، والاول أولى الا أن يكونا فى المجلس والعوضان من جنسين

(فصل) اذا علم المصطرفان قدر العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن ، وكذلك

لو أخبر أحدهما الآخر بوزن مامعه فصدقه ، فإذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف ، لأنهما تبايعا ذهبا بذهب متفاضلا فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت فى العقد ، فإن كان قال . بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل ، لانه باع ذهبا بذهب متفاضلا ، وان قال بعتك دينارا بدينار ثم تقابضا كان الزائد فى يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه ، لأنه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد ؛ لأنه انما باع دينارا بمثله ، وانما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فإن أراد دفع عوض الزائد جاز ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأنه معاوضة مبتدأة ، وان أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لأن آخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيبا بعيب الشركة ، ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه ، الا أن يكونا فى المجلس فيرد الزائد ويدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر ، كان هذا الدينار الزائد فى يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه ، لأنه قبضه على أنه عوض عن ماله ، فكان مضمونا بهذا القبض ولمالكه التصرف فيه كيف شاء

فصل

والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين فى العقد ، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين عوضا فيه فلا يجوز ابداله ، وان خرج مغصوبا بطل العقد ؛ وبهذا قال مالك والشافعى

وعن أحمد أنها لاتتعين بالعقد فيجوز ابدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأنه يجوز اطلاقها فى العقد فلا تتعين بالتعيين فيه كالمكيال والصنجة

ولنا أنه عوض فى عقد فيتعين بالتعيين كسائر الاعواض ، ولأنه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر ويفارق ما ذكروه ، فإنه ليس بعوض وإنما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ، ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسألتنا

« مسألة » قال ﴿ واذا تبايعا ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا فله البدل إذا كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه ، كالوضوح فى الذهب والسواد فى الفضة .

يعنى اصطرفا فى الذمة نحو أن يقول : بعتك ديناراً مصرياً بعشرة دراهم ، فيقول الآخر : قبلت ، فيصح البيع ، سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أو لم يكونا إذا تقابضا قبل الافتراق ، بأن يستقرضا أو غير ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وحكى عن مالك : لا يجوز الصرف ، الا أن تكون العينان حاضرتين وعنه . لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين ، وعن زفر مثله ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا غائبا منها بناجز » ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين وهو غير جائز .

ولنا أنهما تقابضا فى المجلس فصح ، كما لو كانا حاضرين ، والحديث يراد به أن لا يباع عاجل بآجل ، أو مقبوض بغير مقبوض ، بدليل ما لو عين أحدهما فإنه يصح ، وإن كان الاخر غائبا والقبض فى المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ، ألا ترى الى قوله « عينا بعين يداً بيد » والقبض يجرى فى المجلس كذا التعين

فإذا ثبت هذا : فلا بد من تعيينهما بالتقابض فى المجلس ، ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيبا قبل التفرق فله المطالبة بالبدل ؛ سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فله المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه ، وان رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز ، كما لو رضى بالمسلم فيه معيبا ، وان اختار أخذ الأرش فإن كان العوضان من جنس واحد لم يجز لإفضائه الى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل ، وان كانا من جنسين جاز ، فأما إن تقابضا وافترقا ثم وجد العيب من جنسه ، فله إبداله فى احدى الروايتين ، اختارها الخلال والخرقى ، وروى ذلك عن الحسن وقتادة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وهو أحد قولى الشافعى ؛ لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه .

والرواية الثانية : ليس له ذلك ، وهو قول أبى بكر ومذهب أبى حنيفة ، والقول الثانى للشافعى ، لأنه يقبضه بعد التفرق ، ولا يجوز ذلك فى الصرف ، ومن صار الى الرواية الأولى قال . قبض الأول صح به العقد ، وقبض الثانى يدل على الأول ، ويشترط أن يأخذ البدل فى مجلس الرد ، فإن تفرقا فى غير قبض بطل العقد ، وان وجد البعض رديئا فرده ، فعلى الرواية الأولى : له البدل ، وعلى الثانية يبطل فى المردود ، وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة

ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين ؛ وقال مالك : ان وجد درهما زيفا فرضى به جاز ، وان رده انتقض الصرف فى دينار ، وان رد أحد عشر درهما انتقض الصرف فى دينارين ، وكلما زاد على دينار انتقض الصرف فى دينار آخر .

ولنا أن مالا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وان اختار واجد العيب الفسخ ، فعلى قولنا له البدل : ليس له الفسخ إذا أبدل له لانه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى : له الفسخ أو الإمساك فى الجميع ، لأنه تعذر عليه الوصول الى ما عقد عليه مع إبقاء العقد ، فإن اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك ، لأنه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف الا على الرواية الاخرى .

(فصل) ومن شرط المصارفة فى الذمة : أن يكون العوضان معلومين . إما بصفة يتميزان بها ، وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب ، فينصرف الاطلاق إليه ، ولو قال بعتك ديناراً مصريا بعشرين درهما من نقد عشرة بدينار لم يصح الا أن لا يكون فى البلد نقد عشرة بدينار الا نوع واحد ، فتنصرف تلك الصفة إليه ، وكذلك الحكم فى البيع .

﴿ فصل ﴾

إذا كان لرجل فى ذمة رجل ذهب ، وللآخر عليه دراهم ، فاصطرفا بما فى ذمتهما ، لم يصح ، وبهذا قال الليث والشافعى ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبى حنيفة جوازه ، لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة ، ولذلك جاز أن يشترى الدراهم بدنانير من غير تعيين .

ولنا أنه بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالاجماع ، وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز ، وقال أحمد : انما هو إجماع ، وقد روى أبو عبيد فى الغريب « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » وفسره بالدين بالدين ، الا أن الأثرم روى عن أحمد : أنه سئل أيصح فى هذا حديث ؟ قال : لا . وانما صح الصرف بغير تعيين ، بشرط أن يتقابضا فى المجلس ، فجرى القبض والتعيين فى المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئا بعد شىء نظرت ، فإن كان يعطيه كل

درهم بحسابه من الدينار صح ، نص عليه أحمد ، وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز نص عليه أيضا لان الدنانير دين والدراهم صارت دينا فيصير بيع دين بدين وان قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، واذا أعطاه الدراهم شيئا بعد شيء ولم يقضه ذلك وقت دفعها اليه ثم أحضرها وقوماها ، فإنه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها اليه لأنه قبل ذلك لم تصرف فى ملكه انما هى وديعة فى يده ، فإن تلفت أو نقصت فهى من ضمان مالكها ، ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها اذا قبضها بنية الاستيفاء ، لانها مقبوضة على أنها عوض ووفاء ، والمقبوض فى عقد فاسد كالمقبوض فى العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عند صيرفى دنانير فأخذ منه دراهم ادرارا لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منهما فى ذمة من قبضه ، فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة .

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة ، فى قول أكثر أهل العلم ، ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبدالرحمن وابن شبرمة وروى ذلك عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد تخلف .

ولنا ما روى أبو داود والاثرم فى سننهما عن ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطى هذه من هذه ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فى بيت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك ، انى أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع الدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطى هذه من هذه ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء » .

قال أحمد : انما يقضيه اياها بالسعر لم يختلفوا أنه يقضيه اياها بالسعر الا ماقال أصحاب الرأى : انه يقضيه مكانها ذهبا على التراضى لانه بيع فى الحال فجاز ما تراضيا عليه اذا اختلف الجنس ، كما لو كان العوض عرضا ، ووجه الاول : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » .

وروى عن ابن عمر « أن بكر بن عبدالله المزنى ومسروقا العجلى سألاه عن كرى

لهما له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير ؟ فقال ابن عمر : أعطوه بسعر السوق ، ولأن هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو قضاه من الجنس ، والتماثل ههنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة ، قيل لأبي عبد الله : فإن أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق فى الدينار وما أشبهه ؟ فقال : إذا كان مما يتغابن الناس به فسهل فيه ما لم يكن حيلة ويزاد شيئاً كثيراً .

(فصل) فإن كان المقضى الذى فى الذمة مؤجلا فقد توقف أحمد فيه ، وقال القاضى : يحتمل وجهين :

أحدهما : المنع وهو قول مالك ومشهور قولى الشافعى لأن ما فى الذمة لا يستحق قبضه فكان القبض ناجزاً فى أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن .

والآخر : الجواز وهو قول أبى حنيفة لانه ثابت فى الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضى بتعجيل المؤجل ، والصحيح الجواز إذا قضاه بسعر يومها ولم يجعل للمقضى فضلا لأجل تأجيل ما فى الذمة لانه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئا فقد رضى بتعجيل ما فى الذمة ، بغير عوض ، فأشبه ما لو قضاه من جنس الدين ولم يستفصل النبى صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله : ولو افترق الحال لسأل واستفصل .

(فصل) قال أحمد : ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع إليه ديناراً فقال : استوف حقك منه ، فاستوفاه بعد يومين ، جاز ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه فى بيع داره واستيفاء حقه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجز أن يأخذ منها قدر حقه لانه لم يأذن له فى مصارفة نفسه ولانه متهم ، ولو باع جارية بدنانير فأخذ بها دراهم فردت الجارية بعيب أو إقالة لم يكن للمشترى إلا الدنانير لانه الثمن الذى وقع عليه العقد وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف ، نص أحمد على هذه المسائل .

(فصل) إذا كان عليه دين مؤجل ، فقال لغريمه : ضع عنى بعضه وأعجل لك بقيته لم يجز ، كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن وحماد والحكم والشافعى ومالك والثورى وهشيم وابن علية وإسحاق وأبو حنيفة ، وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك : كلاكما قد آذن بحرب من الله ورسوله وروى عن ابن عباس : أنه لم ير به بأسا ، وروى ذلك عن النخعى وأبى ثور لانه

آخذ لبعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالا ، وقال الخرقى : لا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته ، ولنا : أنه بيع الحلول فلم يجز كما لو زاده الذى له الدين ، فقال له : أعطيك عشرة دراهم وتعجل لى المائة التى عليك ، فأما المكاتب فإن معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المسامحة فيه ولانه سبب العتق ، فسومح فيه بخلاف غيره .

« مسألة » قال ﴿ فإن كان العيب دخيلا عليه من غير جنسه ، كان الصرف فيه فاسداً ﴾

يعنى اذا وجد أحدهما ما قبضه مغشوشا بغش من غير جنسه فينظر فيه ، فإن كان الصرف عينا بعين فهو فاسد لما أسلفناه ، وان كان بغير عين وعلم ذلك فى المجلس فرده وأخذ بدله فالصرف صحيح ، لانه عين المعقود عليه وإن افترقا قبل رده فالصرف فيه فاسد أيضا لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ولم يقبض ما يصلح عوضا عن المعقود عليه ، وهذا ظاهر كلام الخرقى .

وقيل عن أحمد : انه اذا أخذ البدل فى مجلس الرد لم يبطل كما لو كان العيب من جنسه ، وهذا فيما اذا لم يكن مشترى المعيب عالما بعيبه ، فأما ان علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيب من جنسه جاز ولا خيار له ولا بدل ، وان كان من غير جنسه وكان الصرف ذهبا بذهب أو فضة بمثلها فالصرف فيه فاسد لانه يخل بالتماثل الا أن يبيع ذهبا أو فضة مغشوشا بمثل غشه كبيعه ديناراً صوريا بمثله مع علمه بتساوى غشهما ، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه ؛ وان باع مغشوشا بغير مغشوش لم يجز الا أن يكون للغش قيمة فيخرج على مسألة مد عجوة ، وان كان الصرف فى جنسين كذهب بفضة انبنى على اتفاق المغشوشة .

(فصل وفى انفاق المغشوش من النقود روايتان ؛

أظهرهما : الجواز نقل صالح عنه فى دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئا فيها فضة ؛ فقال : اذا كان شيئا اصطلحوا عليه مثل الفلوس اصطلحوا عليها فارجو ألا يكون بها بأس .

والثانية : التحريم نقل حنبل فى دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشترى بها

ويباع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد ، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام ، وقال أصحاب الشافعى : إن كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها ، وإن كان مما له قيمة ففى جواز انفاقها وجهان ، واحتج من منع انفاق المغشوشة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من غشنا فليس منا » وبأن عمر رضى الله عنه نهى عن بيع نفاية بيت المال ، ولأن المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة ، والأولى أن يحمل كلام أحمد فى الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطلح عليه فإن المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين ، ولأن هذا مستفيض فى الاعصار جار بينهم من غير نكير وفى تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تغريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئى معلوم بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فإن ذلك يفضى إلى التغرير بالمسلمين .

وقد أشار أحمد إلى هذا فى رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها ؟ قال يسبكها ، قيل له فيبيعها بدنانير ؟ قال لا . قيل يبيعها بفلوس ؟ قال لا . قيل فبسلعة ؟ قال لا ، إنى أخاف أن يغر بها مسلماً ، قيل لابى عبد الله أيتصدق بها ؟ قال إنى أخاف أن يغر بها مسلما ، وقال ما ينبغى له لانه يغر بها المسلمين ولا أقول إنه حرام لانه على تأويل وذلك إنما كرهته لانه يغر بها مسلما ، فقد صرح بأنه إنما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر نفاية بيت المال لما فيه من التغرير بالمسلمين فإن مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطلح على إنفاقه لم يكن نفاية .

فإن قيل فقد روى عن عمر أنه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها الى البقيع فليشترى بها سحق الثياب ، وهذا دليل على جواز انفاق المغشوشة التى لم يصطلح عليها .

قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه دراهمه أى نفيت ليس أنها زيوف فيتعين حمله على هذا جمعا بين الروايتين عنه ويحتمل أنه أراد ما ظهر غشه وبان زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تغرير وان تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع الى ماذكرنا من المعنى ولا فرق بين ماكان غشه ذا بقاء وثبات كالرصاص

والنحاس وما لا ثبات له كالزرنيخية والاندرانية وهو زرنيخ ونورة يطلى عليه فضة فإذا دخل النار استهلك الغش وذهب .

« مسألة » قال ﴿ ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما ﴾

الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض والقبض فى المجلس شرط لصحته بغير خلاف ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد ، والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء » وقوله عليه السلام « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد » .

ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا ، ونهى أن يباع غائب منها بناجز ، كلها أحاديث صحاح ، ويجزىء القبض فى المجلس وان طال ؛ ولو تماشيا مصطحبين الى منزل أحدهما أو الى الصراف فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعى .

وقال مالك : لا خير فى ذلك لانهما فارقا مجلسهما ؛ ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض فأشبه ما لو كانا فى سفينة تسير بهما أو راكبين على دابة واحدة تمشى بهما ؛ وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمى للذين مشيا اليه من جانب العسكر : وما أراكما افترقتما وان تفرقا قبل التقابض بطل الصرف لفوات شرطه ؛ وان قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وهل يصح فى المقبوض على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل أحدهما وكيلا فى القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه ، سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض فى المجلس شرط وقد فات ، وان تخايرا قبل القبض فى المجلس لم يبطل العقد بذلك لأنهما لم يفترقا قبل القبض ، ويحتمل أن يبطل اذا قلنا بلزوم العقد ؛ وهو مذهب الشافعى لأن العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض أشبه ما لو افترقا ، والصحيح الاول فإن الشرط التقابض فى المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخايرا

قبل الصرف ثم اصطرفا ، فإن الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ثم يشترط القبض فى المجلس .

(فصل) ولو صارف رجلا ديناراً بعشرة دراهم وليس معه إلا خمسة دراهم لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة كلها ، فإن قبض الخمسة وافترقا بطل الصرف فى نصف الدينار، وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وإن أرادا التخلص فسخا الصرف فى النصف الذى ليس معه عوضه أو يفسخان العقد كله ، ثم يشترى منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها إليه ، ثم يأخذ الدينار كله ؛ فيكون ما اشتراه منه له وما بقى أمانة فى يده ثم يفترقان ، ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقى له من الدينار أو اشترى به منه شيئا أو جعله سلما فى شيء أو وهبه له جاز وكذلك إن وكله فيه .

ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلى فى نصف الدينار الزائد صح ، ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه فى وقت آخر جاز وإن طال ويكون الزائد أمانة فى يده لا شيء عليه فى تلفه ، نص أحمد على أكثر هذه المسائل ، فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملا ودفع إليه الدراهم ثم اقترضها منه فاشترى بها النصف الباقى أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ، ثم اقترضها منه ودفعها اليه عوضا عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(فصل) وإذا باع مدى تمر ردىء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمراً جنيبا ، أو اشترى من رجل ديناراً صحيحا بدراهم وتقابضاها ، ثم اشترى منه بالدراهم قراضة من غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به . وقال ابن أبى موسى لا يجوز إلا أن يمضى إلى غيره ليبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فيبتاع منه . وقال أحمد فى رواية الأثرم : يبيعها من غيره أحب الىّ ، قلت له قال : لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه ؟ فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفى الذهب منه ، فإنه اذا ردها اليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصى

يقول هى رجع اليه ، قيل لأبى عبد الله فذهب ليشــترى الدراهم بالذهب الذى أخذها منه من غيره (١) فلم يجدها فرجع اليه ؟ فقال اذا كان لا يبالى اشترى منه أو من غيره فنعم ، فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب لا الايجاب ، ولعل أحمد انما أراد اجتناب المواطأة على هذا ، ولهذا قال اذا كان لا يبالى اشترى منه أو من غيره فنعم . وقال مالك : ان فعل ذلك مرة جاز وان فعله أكثر من مرة لم يجز لأنه يضارع الربا .

ولنا ما روى أبو سعيد قال : جاء بلال الى النبى صلى الله عليه وسلم بتمر برنى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « من أين هذا ؟ » قال بلال : كان عندنا تمر ردىء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبى (ص) « أوه عين الربا لا تفعل ، ولكن اذا أردت أن تشترى فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » وروى أيضا أبو سعيد وأبو هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال : أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال لا ، والله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة ، فقال رسول الله (ص) لا تفعل ، بع التمر بالدراهم ، ثم اشتر بالدراهم جنيبا » متفق عليهما ، ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشترى منه ، ولو كان ذلك محرما لبينه له وعرفه اياه ، ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة ، فجاز كما لو باعه من غيره ؛ ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الاطلاق كسائر البياعات ، فأما ان تواطآ على ذلك لم يجز ، وكان حيلة محرمة ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة والشافعى : يجوز ما لم يكن مشروطا فى العقد .

ولنا أنه اذا كان عن مواطأة كان حيلة ، والحيل محرمة على ما سنذكره .

(فصل) والحيل كلها محرمة غير جائزة فى شىء من الدين ، وهو أن يظهر عقداً مباحا يريد به محرما ؛ مخادعة وتوسلا الى فعل ما حرم الله ، واستباحة محظوراته ، أو اسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك . قال أيوب السختيانى « انهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيا ؛ لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان

---

(١) كذا فى الأصل

أسهل عليّ » فمن ذلك ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسرة ، فاقترض كل واحد منهما ما مع صاحبه ثم تباريا توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا ، أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ، ثم وهبه الخمسة الزائدة ، أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها مايأخذه بأقل من قيمته ، أو اشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح مثلها من المكسرة ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوباً قيمته خمسة دنانير ، وهكذا لو أقرضه شيئا أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها ، أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض ، فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم . وبهذا قال مالك

وقال أبو حنيفة والشافعي : ذلك كله وأشباهه جائز إذا لم يكن مشروطا فى العقد . وقال بعض أصحاب الشافعي : يكره أن يدخلا فى البيع على ذلك ، لأن كل مالا يجوز شرطه فى العقد يكره أن يدخلا عليه

ولنا أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين . وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم . وقال بعض المفسرين فى قوله تعالى (٢ ، ١٣٨ وموعظة المتقين) أى لأمة محمد صلى الله عليه وسلم ، فروى أنهم كانوا ينصبون شباكهم للحيتان يوم الجمعة ويتركونها الى يوم الأحد ، ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجارى فيفتحها يوم الجمعة ، فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء فى المجارى فيقع فى الحفائر فيدعها الى يوم الأحد ثم يأخذها ويقول : ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه ، فهذه حيلة ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار . ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو لايأمن أن يسبق فليس بقمار » رواه أبو داود وغيره . فجعله قماراً مع إدخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار . وهو كون كل واحد من المتسابقين لاينفك عن كونه آخذاً أو مأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلا على إباحة المحرم ، وسائر الحيل مثل ذلك ، ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ، ولا تزول مفسدتها مع إبقاء معناها بإظهارهما صورة غير صورتها ، فوجب أن لا يزول التحريم ، كما لو سمى

الخمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها ، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليستحلن قوم من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها »

ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر بياض أرض البستان بأمثال أجرته ، ثم يساقيه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك ، وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل، ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك وإنما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما سماه أجرة ، والعامل لا يقصد أيضا سوى ذلك . وربما لا ينتفع بالأرض التي سمى الأجرة في مقابلتها ، ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ، ورب الأرض يعلم ذلك

(فصل) ولو اشترى شيئا بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحا أقل منها . قال أحمد : هذا هو الربا المحض ؛ وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل بينهما ، ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك ؛ فإن تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز ، ولو اشترى ثوبا بنصف دينار لزمه نصف دينار شق ، فإن عاد فاشترى شيئا آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضا ، فإن وفاه ديناراً صحيحا بطل العقد الثاني ، لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الأول ، وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول بطل أيضا ، لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه ، وان كان بعد تفرقهما فلزومه لم يؤثر ذلك فيه، ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به . ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

(فصل) إذا كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به ، وهو معلوم بقاؤه أو مظنون صح الصرف ، وان ظن أنه غير موجود لم يصح الصرف ، لأن حكمه حكم المعدوم ، وان شك فيه فقال ابن عقيل يصح . وهو قول بعض الشافعية . وقال القاضي لا يصح لأنه غير معلوم البقاء ، وهو منصوص الشافعي

ووجه الأول أن الاصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك ، فإن الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته ، فإن تبين أنه كان تالفا حين العقد تبينا أن العقد وقع باطلا .

(فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه ، لأنه مال

ربا بيع بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما فلم يصح ، كبيع الصبرة بالصبرة ، وإن بيع بغير جنسه ، فحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن ، وهو قول عطاء والشافعي والشعبي والثوري والاوزاعي وإسحاق لأنه مجهول ، وقال ابن أبي موسى في الارشاد يجوز ذلك . وهو قول مالك . وروى ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث . قالوا فإن اختلط أو أشكل فليبعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق ، لأنه باعه بمالا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوباً بدينار ودرهم .

« مسألة » قال ﴿ والعرايا التي أرخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم هو أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق ، فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطباً ﴾

في هذه المسألة فصول خمسة :

أولها في إباحة بيع العرايا في الجملة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وإسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لان النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع المزابنة ، والمزابنة بيع الثمر بالتمر » متفق عليه . ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز ، كما لو كان على وجه الارض أو فيما زاد على خمسة أوسق

ولنا ما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق » متفق عليه . فرواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حثمة وغيرهما . وخرجه أئمة الحديث في كتبهم ، وحديثهم في سياقه « إلا العرايا » كذلك في المتفق عليه . وهذه زيادة يجب الاخذ بها ، ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه ، جمعا بين الحديثين وعملا بكلا النصين . وقال ابن المنذر : الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا ، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، والقياس لا يصار اليه مع النص ، مع أن في الحديث « أنه أرخص في العرايا » والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر ، فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

الفصل الثاني : أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه ، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها ، فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله ، وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه ، وقال مالك والشافعي في قول : يجوز ، ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد ، لأن في حديث زيد وسهل « أنه رخص في العرية » مطلقا ، ثم استثنى « ما زاد على الخمسة » في حديث أبي هريرة ، وشك في الخمسة فاستثنى اليقين ، وبقي المشكوك فيه على مقتضى الإباحة .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع الرطب بالتمر ، ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة ، فيبقى على العموم في التحريم ، ولأن العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس يقينا فيما دون الخمسة ، والخمسة مشكوك فيها ، فلا تثبت إباحتها مع الشك ، وروى ابن المنذر بإسناده « أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية في الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة » والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر .

وروى مسلم عن سهل « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين » ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها ، ولأنها قدر تجب الزكاة فيه فلم يجز بيعه عرية كالزائد عليها فأما قولهم : أرخص في العرية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة ، رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ، ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ، ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا .

﴿ فصـــل ﴾

ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة ، سواء اشتراها من واحد أو من جماعة ، وقال الشافعي : يجوز للإنسان بيع جميع ثمر حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد وسهل ، ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع .

ولنا عموم النهى عن المزابنة ، استثنى منه العرية فيما دون خمسة أوسق ، فما زاد يبقى على العموم فى التحريم ، ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعا واحداً لا يجوز فى عقدين ، كالذى على وجه الارض ، وكالجمع بين الاختين ، فأما حديث سهل فإنه مقيد بالنخلة والنخلتين ، بدليل ما روينا ، فيدل على تحريم الزيادة عليهما ، ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما فى العقد الواحد ، فأما إن باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق جاز ، وقال أبو بكر والقاضى . لا يجوز لما ذكرنا فى المشترى .

ولنا أن المغلب فى التجويز حاجة المشترى بدليل ما روى محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت « ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى فى أيديهم يأكلونه رطبا » وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشترى لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع فلا يتقيد فى حقه بخمسة أوسق ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشترى وحاجة البائع الى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الإرفاق ، إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة ، فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثانى . وإن اشترى عريتين أو باعهما وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجها واحداً .

الفصل الثالث : أنه لا يشترط فى بيع العرية أن تكون موهوبة لبائعها ، هذا ظاهر كلام أصحابنا ، وبه قال الشافعى ، وظاهر قول الخرقى أنه شرط ، وقد روى الاثرم قال سمعت أحمد سئل عن تفسير العرايا ، فقال : العرايا أن يعرى الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة فللمعرى أن يبيعها ممن شاء ، وقال مالك : بيع العرايا الجائز هو أن يعرى الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى ، لانه ربما كان مع أهله فى الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز أن يشتريها منه واحتجوا بأن العرية فى اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال أبو عبيد ، الإعراء : أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخلة عامها ذلك ، قال الشاعر الانصارى يصف النخل :

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا فى السنين الجوائح

يقول : إنا نعريها الناس ، فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لغة ، ومقتضاه في العربية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك .

ولنا حديث زيد بن ثابت ، وهو حجة على مالك فى تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ، ولأنه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ، ولم يجز بيعها بالتمر ، لأن الظاهر من حال صاحب الحائط الذى له النخيل الكثير يعريه الناس : أنه لا يعجز عن أداء ثمن العرية ، وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها ، لأن علة الرخصة حاجة المشترى إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر ، فمتى وجد ذلك جاز البيع ، ولأن اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشترى إلى أكلها رطبا ولا ثمن معه يفضى إلى سقوط الرخصة ، إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولأن ما جاز بيعه إذا كان موهوبا جاز وإن لم يكن موهوبا كسائر الأموال ، وما جاز بيعه لواهبه جاز لغيره كسائر الأموال ، وإنما سمى عرية لتعريه عن غيره وإفراده بالبيع .

الفصل الرابع : أنه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر ، لا أقل منه ولا أكثر ويجب أن يكون التمر الذى يشترى به معلوما بالكيل ، ولا يجوز جزافا ، لا نعلم فى هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا لما روى زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص فى العرايا أن تباع بخرصها كيلا » متفق عليه ، ولمسلم « أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطبا » ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين ، سقط فى أحدهما للتعذر فيجب فى الآخر بقضية الأصل ولأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر ، وفى تركه من أحدهما يقلل الغرر . ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر صحته مع كثرته ، ومعنى خرصها بمثلها من التمر . أن يطيف الخارص بالعرية فينظر : كم يجىء منها تمراً ؟ فيشتريها المشترى بمثلها تمراً ، وبهذا قال الشافعى ، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال : يخرصها رطبا ويعطى تمراً رخصة ، وهذا يحتمل الأول ، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذى عليها لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه ، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولأن الأصل اعتبار المماثلة فى الحال ، وأن لا يباع الرطب بالتمر ، خولف الأصل فى بيع الرطب بالتمر فيبقى فيما عداه على قضية الدليل ، وقال القاضى : الأول أصح لأنه يبنى على خرص الثمار

فى العشر ، والصحيح ثم خرصه تمراً ولأن المماثلة فى بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمراً يفضى إلى فوات ذلك ، فأما إن اشتراها بخرصها رطباً لم يجز ، وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعى ، والثانى : يجوز ، والثالث : لا يجوز مع اتفاق النوع ، ويجوز مع اختلافه ، ووجه جوازه : ماروى الجوزجانى عن أبى صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه أرخص بعد ذلك فى بيع العرية بالرطب ، أو التمر ، ولم يرخص فى غير ذلك » ولانه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص فى ثانى الحال ، فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى .

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص فى العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً » وعن سهل بن أبى حثمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر وقال : ذلك الربا تلك المزابنة » إلا أنه رخص فى العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطبا ولانه مبيع يجب فيه مثله تمراً فلم يجز بيعه بمثله رطبا كالتمر الجاف ولان من له رطب، فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ماعنده ، وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشترى على ما أسلفناه ، وحديث ابن عمر شك فى الرطب والتمر ، فلا يجوز العمل به مع الشك ، سيما وهذه الاحاديث تبينه وتزيل الشك .

فصل

ويشترط فى بيع العرايا التقابض فى المجلس ، وهذا قول الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفا لانه بيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه ، إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره فى بيع العرايا والقبض فى كل واحد منهما على حسبه ، ففى التمر ، اكتياله أو نقله ، وفى الثمرة : التخلية ، وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا جميعا إلى النخلة فسلمها إلى مشتريها ثم مشيا الى التمر فتسلمه من مشتريها ، أو تسلم التمر ثم مضيا الى النخلة جميعا فسلمها الى مشتريها ، أو سلم النخلة ثم مضيا الى التمر فتسلمه جاز ، لان التفرق لا يحصل قبل القبض .

اذا ثبت هذا فإن بيع العرية يقع على وجهين .

أحدهما : أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه .

والثانى : أن يكيل من التمر بقدر خرصها ، ثم يقول : بعتك هذا بهذا ، أو يقول : بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ونحو هذا ، وان باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه ، وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله .

الفصل الخامس : أنه لا يجوز بيعها الا لمحتاج الى أكلها رطباً ، ولا يجوز بيعها لغنى ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وأباحها فى القول الآخر مطلقاً لكل أحد لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغنى كسائر البياعات ، ولان حديث أبى هريرة وسهل مطلقان .

ولنا حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد « ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطبا » ومتى خولف الاصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ، ولان ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها ، كالزكاة للمساكين ، والترخص فى السفر ، فعلى هذا : متى كان صاحبها غير محتاج الى أكل الرطب ، أو كان محتاجا ومعه من الثمن ما يشترى به العرية ، لم يجز له شراؤها بالتمر ، وسواء باعها لواهبها تحرزا من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك ، أو لغيره فإنه لا يجوز ؛ وقال ابن عقيل ، يباح ، ويحتمله كلام أحمد ، لان الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشترى محتاجا الى أكلها .

ولنا حديث زيد الذى ذكرناه ، والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ؛ ولان فى حديث زيد وسهل « يأكلها أهلها رطبا » ولو جاز لتخليص المعرى لما شرط ذلك .

فيشترط اذاً فى بيع العرية شروط خمسة : أن يكون فيما دون خمسة أوسق وبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل التفرق ، وحاجة المشترى الى أكل الرطب ، وأن لا يكون معه ما يشترى به سوى التمر ، واشترط القاضى وأبو بكر شرطا سادسا ، وهو حاجة البائع الى البيع ؛ واشترط الخرقى . كونهاموهوبة لبائعها

واشترط أصحابنا لبقاء العقد : أن يأكلها أهلها رطبا ، فإن تركها حتى تصير تمراً بطل العقد ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ﴿ فإن تركه المشترى حتى يتمر بطل العقد ﴾

يعنى إن لم يأخذها المشترى رطباً بطل العقد ، خلافا للشافعى فى قوله : لا يبطل وعن أحمد : مثله ، لأن كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمراً كغير العرية . ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « يأكلها أهلها رطباً » ، ولأن شراءها إنما جاز للحاجة الى أكل الرطب ، فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ، ثم لا فرق بين تركه لغناه عنها ، أو مع حاجته إليها أو تركها لعذر ، أو لغير عذر للخبر ، ولو أخذها رطبا فتركها عنده فأتمرت ، أوشمسها حتى صارت تمراً جاز ، لأنه قد أخذها ، ونقل عن أحمد رواية أخرى فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها ، لا يبطل البيع ، فيخرج ههنا مثله ، فإن أخذ بعضها رطبا وترك باقيها حتى أتمر ، فهل يبطل البيع فى الباقى ؟ على وجهين .

(فصل ولا يجوز بيع العرية فى غير النخيل ، وهو اختيار ابن حامد ، وقول الليث بن سعد إلا أن يكون مما ثمرته لا يجرى فيها الربا ، فيجوز بيع رطبها بيابسها لعدم جريان الربا فيها ، ويحتمل أن يجوز فى العنب والرطب دون غيرهما ، وهو قول الشافعى ، لأن العنب كالرطب فى وجوب الزكاة فيهما ، وجواز خرصهما وتوسيقهما ، وكثرة تيبيسهما ، واقتياتهما فى بعض البلدان ، والحاجة الى أكل رطبهما والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم فى مثله ، ولا يجوز فى غيرهما لاختلافهما فى أكثر هذه المعانى ، فإنه لا يمكن خرصها لتفرقها فى الأغصان ، واستتارها بالأوراق ، ولا يقتات يابسها ، فلا يحتاج الى الشراء به ، وقال القاضى يجوز فى سائر الثمار ، وهو قول مالك والأوزاعى ، قياسا على ثمرة النخيل .

ولنا ما روى الترمذى « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة الثمر بالتمر ، الا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وكل ثمرة بخرصها » وهذا حديث حسن ، وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر ، وعن زيد ابن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه رخص بعد ذلك فى بيع العرية

بالرطب أو بالتمر ، ولم يرخص فى غير ذلك ، وعن ابن عمر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ، والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا ، وعن كل ثمر بخرصه » ولأن الأصل يقتضى تحريم بيع العرية وانما جازت فى ثمرة النخيل رخصة : ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين :

أحدهما : أن غيرها لا يساويها فى كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها ؛ وكون الرخصة فى الاصل لاهل المدينة ؛ وانما كانت حاجتهم الى الرطب دون غيره

الثانى : أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصا ، وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة ، وانما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ، ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص فيقاس عليه ، وكذلك سائر الثمار ، والله أعلم .

باب بيع الأصول والثمار

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ ومن باع نخلا مؤبراً ـ وهو ما قد تشقق طلعه ـ فالثمرة للبائع متروكة فى النخل الى الجزاز ، الا أن يشترطها المبتاع ﴾

أصل الإبار عند أهل العلم : التلقيح ، قال ابن عبد البر : الا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه . والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء يقال : أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد ، فهى مؤبرة ومأبورة ، ومنه قول النبى (ص) « خير المال . سكة مأبورة » والسكة : النخل المصفوف ، وأبرت النخلة آبرها أبراً ، وإباراً وأبرتها تأبيراً وتأبرت النخلة وائتبرت ؛ ومنه قول الشاعر .

* تأبرى يا خيرة الفسيل *

وفسر الخرقى المؤبر : بما قد تشقق طلعه ، لتعلق الحكم بذلك ، دون نفس التأبير ، قال القاضى . وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر ، وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو التأبير المراد ههنا . وفى هذه المسألة فصول ثلاثة :

(الأول) أن البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة ، وكانت الثمرة

مؤبرة ، فهى للبائع ، وان كانت غير مؤبرة فهى للمشترى ، وبهذا قال مالك والليث والشافعى ، وقال ابن أبي ليلى . هى للمشترى فى الحالين ، لأنها متصله بالأصل اتصال خلقة ، فكانت تابعة له كالأغصان .

وقال أبو حنيفة والأوزاعى : هى للبائع فى الحالين ، لان هذا نماء له حد ، فلم يتبع أصله فى البيع ، كالزرع فى الارض .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها ، الا أن يشترط المبتاع » متفق عليه ، وهذا صريح فى رد قول ابن أبي ليلى ، وحجة على أبي حنيفة والاوزاعى بمفهومه ، لانه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة ، فيكون ما قبله للمشترى ، وإلا لم يكن حداً ، ولا كان ذكر التأبير مفيداً ؛ ولانه نماء كامن لظهوره غاية ، فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره ، كالحمل فى الحيوان ، فأما الاغصان فإنها تدخل فى اسم النخل وليس لانفصالها غاية ، والزرع ليس من نماء الأرض ، وانما هو مودع فيها .

(الفصل الثانى) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهى له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة ، البائع فيه والمشترى سواء . وقال مالك : إن اشترطها المشترى بعد التأبير جاز ، لانه بمنزلة شرائها مع أصلها ، وان اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز ، لان اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها .

ولنا أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم ، فصح كما لو باع حائطاً واستثنى نخلة بعينها ، ولان النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » ولانه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشترى ، وقد ثبت الاصل بالاتفاق عليه ، وبقوله عليه السلام « الا أن يشترطها المبتاع » ولو اشترط أحدهما جزءاً من الثمرة معلوماً كان ذلك كاشتراط جميعها فى الجواز فى قول جمهور الفقهاء ، وقول أشهب من أصحاب مالك ، وقال ابن القاسم : لا يجوز اشتراط بعضها ، لان الخبر إنما ورد باشتراط جميعها .

ولنا أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار ، وكذلك القول فى مال العبد إذا اشترط بعضه .

(الفصـــل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها فى الشجر إلى أوان الجزاز ، سواء استحقها بشرطه أو بظهورها ، وبه قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : يلزمه قطعها وتفريغ النخل منها ، لانه مبيع مشغول بملك البائع ، فلزم نقله وتفريغه ، كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش له .

ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة ، كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله الا على حسب العادة فى ذلك ، وهو أن ينقله نهاراً شيئاً بعد شيء ، ولا يلزمه النقل ليلا ، ولاجمع دواب البلد لنقله ، كذلك ههنا يفرغ النخل من الثمرة فى أوان تفريغها ، وهو أوان جزازها ، وقياسه حجة لنا لما بيناه . اذا تقرر هذا : فالمرجع فى جزه الى ما جرت به العادة ، فإذا كان المبيع نخلا فحين تتناهى حلاوة ثمره الا أن يكون مما بسره خير من رطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسراً ، فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره ، لأن هذا هو العادة ، فإذا استحكمت حلاوته فعليه نقله .

وان قيل : بقاؤه فى شجره خير له وأبقى فعليه النقل لأن العادة فى النقل قد حصلت ، وليس له ابقاؤه بعد ذلك ، وان كان المبيع عنبا أو فاكهة سواه فأخذه حين يتناهى ادراكه وتستحكم حلاوته ويجز مثله ، وهذا قول مالك والشافعى .

(فصل) فإن أبر بعضه دون بعض ، فالمنصوص عن أحمد : أن ما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى ، وهو قول أبى بكر ، للخبر الذى عليه مبنى هذه المسألة ، فإن صريحه . أن ما أبر للبائع ، ومفهومه : أن مالم يؤبر للمشترى .

وقال ابن حامد : الكل للبائع ، وهو مذهب الشافعى ، لانا اذا لم نجعل الكل للبائع أدى الى الاضرار باشتراك الايدى فى البستان . فيجب أن يجعل مالم يؤبر تبعا لما أبر . كثمر النخلة الواحدة . فإنه لا خلاف فى أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع . وقد يتبع الباطن الظاهر منه . كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه ولان البستان اذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع . كذا ههنا وهذا من النوع الواحد . لان الظاهر : أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق فأما ان أبر لم يتبعه النوع الآخر . ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله

وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأنه يفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي كما في النوع الواحد .

ولنا أن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر ، ولا يخشى اختلاطهما واشتباههما ، فأشبها الجنسين وما ذكره يبطل بالجنسين ، ولا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه ، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لأنه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي ، لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه ، ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره ، وخرج القاضي وجها في أنه يتبع غير المبيع ويكون للبائع ، لأنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ولا يصح هذا لأن المبيع لم يؤبر منه شيء فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر ، وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ، ولانه لا يفضي الى سوء المشاركة ، ولا اختلاف الايدي ولا الى ضرر فبقي على حكم الاصل ، فإن بيعت النخلة وقد أبرت كلها أو بعضها فأطلعت بعد ذلك فالطلع للمشتري لانه حدث في ملكه فكان له كما لو حدث بعد جزاز الثمرة ، ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه به لتباعد ما بينهما .

(فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره ، لأنه يؤخذ للأكل قبل ظهوره ، فهو كثمرة لا تخلق الا ظاهرة كالتين ، ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره

ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت ؛ فهي كالاناث أو يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الاخر لا يصلح ، فإن أكله ليس هو المقصود منه ، وانما يراد للتلقيح به ، وهو يكون بعد ظهوره ، فأشبه طلع الاناث ، فإن باع نخلا فيه فحال واناث لم يشقق منه شيء ، فالكل للمشتري الا على الوجه الآخر ، فإن طلع الفحال يكون للبائع ، وان كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الآخر فما تشقق فهو للبائع وما لم يتشقق للمشتري ، الا عند من سوّى بين الانواع كلها ، وان تشقق طلع بعض الأناث أو بعض الفحال فالذي قد ظهر للبائع ، وما لم يظهر على ماذكرنا من الاختلاف فيه .

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون

لمن انتقل عنه الأصل وغير المؤبرة لمن انتقل إليه ، مثل أن يصدق المرأة نخلا ، أو يخلعها به ، أو يجعله عوضا فى إجارة أو عقد صلح ، لأنه عقد معاوضة ، فجرى مجرى البيع ، وإن انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن ، أو فسخ لأجل العيب ، أو فلس المشترى ، أو رجوع الأب فى هبته لولده ، أو تقايلا المبيع ، أو كان صداقا رجع إلى الزوج لفسخ المرأة النكاح ، أو نصفه لطلاق الزوج ، فإنه فى الفسخ يتبع الأصل ، سواء أبر أو لم يؤبر لأنه نماء متصل فأشبه السمن ، وفى الهبة والرهن حكمهما حكم البيع فى أنه يتبع قبل التأبير . ولا يتبع فيما بعده لأن الملك زال عن الاصل بغير فسخ فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع ، وأما رجوع البائع لفلس المشترى أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران فى بابيهما .

« مسألة » قال (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد)

وجملة ذلك : أن الشجر على خمسة أضرب :

أحدها : ما يكون ثمره فى أكامه ثم تتفتح الاكام فيظهر ، كالنخل الذى وردت السنة فيه وبينا حكمه وهو الاصل ، وما عداه مقيس عليه وملحق به ، ومن هذا الضرب : القطن وما يقصد نوره ، كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فإنه تظهر أكامه ثم تتفتح فيظهر ، فهو كالطلع إن تفتح جنبذه فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى .

الثانى : ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور ، كالتين والتوت والجميز ، فهى للبائع ، لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره .

الثالث : ما يظهر فى قشره ثم يبقى فيه إلى حين الاكل ، كالرمان والموز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ، ويبقى فيه إلى حين الاكل فهو كالتين ، ولان قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه ، وكونه من مصلحته .

الضرب الرابع : ما يظهر فى قشرين كالجوز واللوز ، فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالبا إلا بعد جزازه ، فأشبه الضرب الذى قبله ، ولان قشر اللوز يؤكل معه فأشبه التين ، وقال القاضى : إن تشقق القشر الاعلى

فهو للبائع ، وإن لم يتشقق فهو للمشترى كالطلع ، ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً ، ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه ، فإنه لا يتشقق على شجره ، وتشققه قبل كماله يفسده .

الخامس : ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة ، كالتفاح والمشمش والاجاص والخوخ ، فإذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهى للبائع . وان لم تظهر فهى للمشترى وقيل : ما تناثر نوره فهو للبائع ، وما لا فهو للمشترى لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور ، وقال القاضى : يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره لان الطلع اذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التى فى جوف الطلع ليست عين الثمرة ؛ وانما هى أوعية لها تكبر الثمرة فى جوفها وتظهر ، فتصير العقدة فى طرفها وهى قمع الرطبة وقول الخرقى يقتضى ما قلناه لانه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا يبدو نوره ، ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره ، وقد يبدو اذا كبر قبل أن ينثر النور ، فتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ما له نور لانه يبدو فى قطوفه شىء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور ؛ فيكون من هذا القسم ، والله أعلم . وهذا يفارق الطلع لان الذى فى الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور فى هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا أو قريبا منه ؛ وبينهما اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف أو قريبا منه .

فصل

فأما الاغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشترى بكل حال لانه من أجزائها خلق لمصلحتها ، فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت الذى يقصد أخذه لتربية دود القز ان تفتح فهو للبائع ، والا فهو للمشترى لانه بمنزلة الجنبذ الذى يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره ، وهذا فى المواضع التى عادتهم أخذ الورق وإن لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشترى كسائر ورق الشجر ، والله أعلم .

(فصل) واذا كانت الثمرة للبائع مبقاة فى شجر المشترى ، فاحتاجت الى سقى لم يكن للمشترى منعه منه لانه يبقى به ، فلزمه تمكينه منه كتركه على الاصول وان أراد سقيها من غير حاجة فللمشترى منعه منه لانه بسقيه يتضمن التصرف

فى ملك غيره ، ولأن الأصل منعه من التصرف فى ملك غيره ، وإنما أباحته الحاجة فإن لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع فإن احتاجت إلى السقى وفيه ضرر على الشجر أو احتاج الشجر إلى سقى يضر بالثمرة ، فقال القاضى : أيهما طلب السقى لحاجته أجبر الآخر عليه لأنه دخل فى العقد على ذلك : فإن المشترى اقتضى عقده تبقية الثمرة ، والسقى من تبقيتها والعقد اقتضى تمكين المشترى من حفظ الأصول وتسليمها ، فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر ، وإن أضرّ به ، وإنما له أن يسقى بقدر حاجته فإن اختلفا فى قدر الحاجة رجع إلى أهل الخبرة ، وأيهما التمس السقى فالمؤنة عليه لأنه لحاجته .

(فصل) فإن خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء ، فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره ، وان كان كثيراً فخيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجبر أيضا لذلك ، الثانى يجبر على القطع لأن الضرر يلحقها وان لم تقطع والأصول تسلم بالقطع ، فكان القطع أولى ، وللشافعى قولان كالوجهين .

(فصل) واذا باع شجراً فيه ثمر للبائع فحدثت ثمرة أخرى ، أو اشترى ثمرة فى شجرها فحدثت ثمرة أخرى فإن تميزتا فلكل واحد ثمرته وان لم تتميز احداهما من الاخرى فهما شريكان فيهما ، كل واحد بقدر ثمرته فإن لم يعلم قدر كل واحدة منهما اصطلحا عليها ، ولا يبطل العقد لان المبيع لم يتعذر تسليمه وانما اختلط بغيره ، فهو كما لو اشترى طعاما فى مكان فانثال عليه طعام للبائع ، أو انثال هو على طعام للبائع ، ولم يعرف قدر كل واحد منهما ، ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها ، أو اشترى عرية فتركها حتى أثمرت فان العقد يبطل فى احدى الروايتين ، لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى ، وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة الى أكله رطباً ، وههنا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقا الى فعل المحرم : وجمع أبو الخطاب بينهما فقال : فى الجميع روايتان

احداهما ، يبطل العقد ، والاخرى : لا يبطل ، وقال القاضى : ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى ، قيل لكل واحد : اسمح بنصيبك لصاحبك ؛ فان فعله أحدهما أقررنا العقد ، وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع ، وان امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما الى قدر حقه ، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشترى : اسمح بنصيبك لان الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ، ونقول للبائع ، ذلك فان سمح بنصيبه للمشترى أجبرناه على القبول والا فسخ البيع بينهما ، وهذا مذهب الشافعى ، قال ابن عقيل : لعل هذا قول لبعض أصحابنا فانى لم أجده معزيا الى أحمد ، والظاهر أن هذا اختيار القاضى ، وليس بمذهب لاحمد ولو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيع والحكم فيه كالحكم فى الثمرة تحدث معها أخرى ، والله أعلم .

فصـــل

اذا باع الارض وفيها زرع لا يحصد الا مرة ، كالحنطة والشعير والقطانى ، وما المقصود منه مستتر ، كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهها فاشترطه المشترى ، فهو له قصيلا كان أو ذا حب ، مستتراً أو ظاهراً ، معلوما أو مجهولا لكونه دخل فى البيع للأرض فلم يضر جهله وعدم كماله ؛ كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها ، وان أطلق البيع فهو للبائع لانه مودع فى الارض فهو كالكنز والقماش ولانه يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى ولا أعلم فيه مخالفا ، ويكون للبائع مبقى فى الارض الى حين الحصاد بغير أجرة لان المنفعة حصلت مستثناة له ، وعليه حصاده فى أول وقت حصاده وان كان بقاؤه أنفع له كقولنا فى الثمرة ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : عليه نقله عقيب البيع ، كقوله فى الثمرة ، وقد مضى الكلام فيها ، وهكذا قال الحكم فى القصب الفارسى لان له وقتا يقطع فيه الا أن العروق تكون للمشترى لانها تترك فى الارض للبقاء فيها ، والقصب نفسه كالثمرة ، وان لم يظهر منه شيء فهو للمشترى وأما قصب السكر فانه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع فان حصده قبل الحصاد لينتفع بالارض فى غيره لم يملك الانتفاع بها لان منفعتها انما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتتقدر ببقائه ، كالثمرة على الشجرة ، وكما لو كان المبيع

طعاما لا ينقل مثله عادة الا فى شهر لم يكلف الا ذلك فإن تكلف نقله فى يوم واحد لينتفع بالدار فى غيره لم يجز ؛ كذلك ههنا ، ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضر بها الارض ، كعروق القطن والذرة ، فعلى البائع ازالتها ، وان تحفرت الارض فعليه تسوية حفرها لانه استصلاح لملكه فصار كما لو باع داراً فيها خابية كبيرة لا تخرج الا بهدم باب الدار فهدمها كان عليه الضمان ، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واستند اليه كان الضمان على مدخل النقص .

﴿ فصـــل ﴾

وان باع أرضا وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى فالاصول للمشترى والجزة الظاهرة عند البيع للبائع ؛ سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا والبقول ، أو أكثر كالرطبة ، وعلى البائع قطع ما يستحقه منه فى الحال فإنه ليس لذلك حد ينتهى اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهراً ، والزيادة من الاصول التى هى ملك للمشترى ، وكذلك ان كان الزرع مما تتكرر ثمرته كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه فهو للمشترى والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لان ذلك مما تتكرر الثمرة فيه فأشبه الشجر ، ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه فى الارض كالبنفسج والنرجس ، فالاصول للمشترى لانه جعل فى الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة ؛ وكذلك أوراقه وغصونه لأنه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، وأما زهرته فان كانت قد تفتحت فهى للبائع والا فهى للمشترى على ما ذكرناه فيما مضى ؛ واختار ابن عقيل فى هذا كله : أن البائع ان قال : بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها ، وان لم يقل بحقوقها ؛ فهل يدخل ؟ على وجهين كالشجر .

(فصل) واذا اشترى أرضا فيها بذر فاستحق المشترى أصله ، كالرطبة والنعناع والبقول التى تجز مرة بعد أخرى فهو له لانه ترك فى الارض للتبقية فهو كأصول الشجر ولانه لو كان ظاهرا كان له ، فالمستتر أولى ؛ سواء علقت عروقه فى الارض أو لا فان كان بذراً لما يستحقه البائع فهو له ، الا أن يشترطه المبتاع فيكون له ؛ وقال الشافعى : البيع باطل لان البذر مجهول وهو مقصود .

ولنا أن البذر يدخل تبعا فى البيع فلم يضر جهله، كما لو اشترى عبداً فاشترط ماله، ويجوز فى التابع من الغرر مالا يجوز فى المتبوع، كبيع اللبن فى الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف فى الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعا فى البيع، ولا تضر جهالتها، ولا تجوز مفردة، وإن لم يعلم المشترى بذلك فله الخيار فى فسخ البيع وإمضائه، لأنه يفوت عليه منفعه الأرض عاما، فإن رضى البائع بتركه للمشترى أو قال: أنا أحوله وأمكنه ذلك فى زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشترى، لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله، لأن فيه تصحيحاً للعقد، وهذا مذهب الشافعى.

وكذلك لو اشترى نخيلا فيه طلع فبان أنه مؤبر فله الخيار، لأنه يفوت المشترى ثمرة عامه ويضر بقاؤها بنخله، فإن تركها له البائع لم يكن له خيار، فإن قال: أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لأن ثمرة العام تفوت سواء قطعها أو تركها، وإن اشترى أرضا فيها زرع للبائع أو شجراً فيه ثمر للبائع، والمشترى جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضاً كما لو جهل وجوده، لأنه إنما رضى ببذل ماله عوضا عن الأرض والشجر بما فيهما فإذا بان خلاف ذلك ينبغى أن يثبت له الخيار كالمشترى للمعيب يظنه صحيحا، وإن اختلفا فى جهله لذلك، فالقول قول المشترى إذا كان ممن يجهل ذلك لكونه عاميا، فإن هذا مما يجهله كثير من الناس، وان كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله، لأن الظاهر أنه لا يجهله

فصل

إذا باعه أرضا بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء فى البيع، وكذلك إذا قال: رهنتك هذه الأرض بحقوقها، دخل فى الرهن غراسها وبناؤها، وان لم يقل بحقوقها، فهل يدخل الغراس والبناء فيهما؟ على وجهين، ونص الشافعى على أنهما يدخلان فى البيع دون الرهن، واختلف أصحابه فى ذلك، فمنهم من قال فيهما جميعا قولان، ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ومنهم من قال: إنهما سواء، لأن ما تبع فى البيع تبع فى الرهن، كالطرق والمنافع، وفيهما جميعا وجهان:

أحدهما: يدخل البناء والشجر لانهما من حقوق الارض، ولذلك يدخلان

إذا قال : بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق ، كطرقها ومنافعها .

والثانى : لا يدخلان : لانهما ليسا من حقوق الارض ، فلا يدخلان فى بيعها ورهنها ، كالثمرة المؤبرة ، ومن نصر الأول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها ؛ بخلاف الشجر والبناء ، فإن قال : بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر ؛ لان البستان اسم للأرض والشجر والحائط ، ولذلك لا تسمى الارض المكشوفة بستانا ، قال ابن عقيل : ويدخل فيه البناء لان ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ، ويحتمل أن لا يدخل .

(فصل) وإن باعه شجراً لم تدخل الأرض فى البيع ، ذكره أبو اسحاق بن شاقلا ، لان الاسم لا يتناولها ولا هى تبع للمبيع .

(فصـــل) وان قال : بعتك هذه القرية ، فإن كانت فى اللفظ قرينة ، مثل المساومة على أرضها ، أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها ، أو بذل ثمن لا يصلح الا فيها وفى أرضها ، دخل فى البيع ، لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها ، والقرينة صارفة إليه ودالة عليه ، فأشبه ما لو صرح به ، وان لم يكن قرينة تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها ، فإن القرية اسم لذلك ، وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس ؛ سواء قال : بحقوقها أو لم يقل ، وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس فى الارض ؛ ان قال . بحقوقها دخل ، وإن لم يقل : فعلى وجهين .

(فصل) وان باعه داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها وما هو متصل بها ، مما هو من مصلحتها كالابواب المنصوبة والخوابى المدفونة والرفوف المسمرة والاوتاد المغروزة والحجر المنصوب من الرحا وأشباه ذلك ، ولا يدخل فى البيع ما ليس من مصالحها ، كالكنز والأحجار المدفونة ، لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها ، فأشبه الفرش والستور ، ولا ما كان منفصلا عنها يختص بمصلحتها كالفرش والستور والطعام والرفوف الموضوعة على الأوتاد بغـــير تسمير ولا غرز فى الحائط ، والدلو والبكرة والقفل وحجر الرحى إذا لم يكن واحد منهما منصوبا والخوابى الموضوعة من غير أن يطين عليها ونحوه ، لأنه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها ، فأشبه الثياب ، وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها ، كالمفتاح

والحجر الفوقانى من الرحا إذا كان السفلانى منصوبا فيحتمل وجهين :

أحدهما : يدخل فى البيع ، لانه لمصلحتها ، فأشبه المنصوب فيها .

والثانى : لا يدخل . لأنه منفصل عنها ، فأشبه السفلانى إذا لم يكن منصوبا والقفل والدلو ونحوهما ، ومذهب الشافعى فى هذا كمذهبنا سواء .

(فصــــل) وما كان فى الأرض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبنى فيها : كأساسات الحيطان المتهدمة فهى للمشترى بالبيع لانه من أجزائها ، فهى كحيطانها وترابها والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة فى هذا وإذا كان المشترى عالما بذلك فلا خيار له ، وان لم يكن عالما به وكان ذلك يضر بالارض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب ، وللمشترى الخيــار بين الفسخ وأخذ الثمن أو الإمساك وأخذ أرش العيب كما فى سائر المبيع ، فأما إن كانت الحجارة أو الآجر مودعا فيها للنقل عنها فهى للبائع ، كالكنز وعليه نقلها وتسوية الأرض إذا نقلها واصلاح الحفر ، لأنه ضرر لحق لاستصلاح ملكه ، فكان عليه ازالته ، وان كان قلعها يضر بالأرض أو تتطاول مدته ، ولم يكن المشترى عالما ، فله الخيار كما ذكرنا لأنه عيب ، وان لم يكن فى نقلها ضرر ، ويمكن نقلها فى أيام يسيرة ، كالثلاثة فما دون فلا خيار له ، وله مطالبة البائع بنقلها فى الحال ، لأنه لا عرف فى تبقيتها بخلاف الزرع ، وان كان عالما بالحال ، فلا خيار له ولا أجرة فى الزمان الذى نقلت فيه ، لانه علم بذلك ورضى ، فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع ، وان لم يعلم واختار امساك المبيع . فهل له أجرة لزمان النقل ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف . فكان عليه بدلها كالاجزاء

والثانى : لا يجب . لأنه لما رضى بإمساك المبيع بتلف المنفعة فى زمان النقل فإن لم يختر الامساك . فقال البائع : أنا أدع ذلك لك . وكان مما لا ضرر فى بقائه لم يكن له خيار . لأن الضرر زال عنه .

(فصل) فإن كان فى الارض معادن جامدة ، كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها دخلت فى البيع وملكت بملك الارض التى هى فيها لانها من أجزائها ، فهى كترابها وأحجارها ، ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب

ولا معدن الفضة بفضة ، ويجوز بيعها بغير جنسها ، وان ظهر فى الأرض معدن لم يعلم البائع به فله الخيـــار ، لأنه زيادة لم يعلم بها ، فأشبه ما لو باعه ثوبا على أنه عشرة فبان أحد عشر، هذا إذا كان قد ملك الارض بإحياء أو إقطاع ، وقد روى « أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضاً فظهر فيها معدن فقالوا : إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن ؛ وأتوا عمر بن عبد العزيز بالـكتاب الذى فيه قطيعة النبى صلى الله عليه وســـلم لأبيهم ، فأخذه عمر فقبله ورد عليهم المعدن» وان كان البائع ملك الارض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار لان الحق لغـــيره وهو المالك الاول ؛ واحتمل أن يكون له الخيار ،كما لو اشترى معيبا ثم باعه ولم يعلم عيبه ، فإنه يستحق الرد عليه ؛ وان كان قد باعه مثـــل ما اشتراه . وقد روى أبو طالب عن أحمد : أنه اذا ظهر المعدن فى ملـكه ملـكه ، وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لأنه من أجزاء الأرض ، فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة .

(فصـــل) وإذا كان فى الارض بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الارض والمـــاء الذى فيها غير مملوك ، لانه يجرى من تحت الارض الى ملـكه ، فأشبه المـــاء الجارى فى النهر الى ملـكه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

والوجه الآخر : يدخل فى الملك لانه نماء الملك ، وقد روى عن أحمد ما يدل على أنه يملك ؛ فإنه قال فى رجل له أرض ولآخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء فى الزرع ، ويكون بينهما ؟ فقال : لا بأس ، اختاره أبو بـكـر ، وهذا يدل على أن الماء مملوك لصاحبه ، وفى معنى الماء المعادن الجارية فى الأملاك كالقار والنفط والموميا والملح ، وكـــذلك الحكم فى النابت فى أرضه من الـكلأ والشوك ، ففى كل ذلك يخرج على الروايتين فى الماء ، والصحيح : أن الماء لا يملك فـكذلك هذه : قال أحمد : لا يعجبنى بيع الماء البتة .

قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضوهم لهذا يوم ولهذا يومان ، يتفقون عليه بالحصص فجاء يومى ولا أحتاج إليه أكريه بدراهم

قال ما أدرى ، أما النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع الماء . قيل إنه ليس يبيعه إنما يكريه : قال إنما احتالوا بهذا ليحسنوه ، فأى شيء هذا إلا البيع .

وروى الأثرم بإسناده عن جابر وإياس بن عبد الله المزنى « أن النبى (ص) نهى أن يباع الماء »

وروى أيضاً عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون شركاء فى ثلاث : فى الماء والنار والكلأ » رواه أبو عبيد فى كتاب الأموال ، فإذا قلنا لا يملك فصاحب الأرض أحق به من غيره ؛ لكونه فى ملكه ، فإن دخل غيره بغير إذنه فأخذه ملكه لأنه مباح فى الأصل ، فأشبه ما لو عشش فى أرضه طائر أو دخل فيها ظبي أو نضبت عن سمك فدخل إليه داخل فأخذه ، وأما ما يحوزه من الماء فى إنائه أو يأخذه من الكلأ فى حبله أو يحوزه فى رحله أو يأخذه من المعادن فإنه يملكه بذلك وله بيعه بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن النبى (ص) قال « لأن يأخذ أحدكم حبلا فيأخذ حزمة من حطب فيبيع فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطى أو منع » رواه البخارى

وروى أبو عبيد فى الأموال عن المشيخه « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه» وعلى ذلك مضت العادة فى الأمصار ببيع الماء فى الروايا والحطب والكلأ من غير نكير ، وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا بإذن مالكه . وكذلك لو وقف على بئره أو بئر مباح فاستقى بدلوه أو بدولاب أو نحوه فما يرقيه من الماء فهو ملكه وله بيعه ، لأنه ملكه بأخذه فى انائه قال أحمد : انما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون فى قراره ، ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بمائها

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من يشترى بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة ـ أو كما قال ـ فاشتراها عثمان بن عفان رضى الله عنه من يهودى بأمر النبي صلى الله عليه وسلم وسبّلها للمسلمين . وكان اليهودى يبيع ماءها» وروى « أن عثمان اشترى منه نصفها بإثنى عشر ألفاً ، ثم قال لليهودى : اختر اما أن تأخذها يوماً وآخذها أنا يوماً ، واما أن ننصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً؟ فاختار يوماً ويوماً ، فكان الناس يستقون منها فى يوم عثمان لليومين ، فقال اليهودى

أفسدت عليّ بئري فاشتر باقيها ، فاشتراه بثمانية آلاف » : وفى هذا دليل على صحة بيعها وتسبيلها وصحة بيع ما يستقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهايأة وكون مالكها أحق بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك .

فأما المياه الجارية فما كان نابعاً فى غير ملك كالأنهار الكبار وغيرها لم تملك بحال ولو دخل الى أرض رجل لم يملكه بذلك ، كالطير يدخل الى أرضه ، ولكل أحد أخذه ولا يملكه ، الا أن يجعل له فى أرضه مستقراً ، كالبركة والقرار ، أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير فيكون أحق بذلك الماء من غيره كنقع البئر ، وإن كان ما يستقر فى البركة لا يخرج منها فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سنذكره فى مياه الأمطار .

وما كان نابعاً أو مستنبطاً كالقنى فهو كنقع البئر وفيه من الخلاف مافيه فأما المصانع المتخذة لمياه الأمطار تجمع فيها ونحوها من البرك وغيرها ، فالأولى أنه يملك ماءها ، ويصح بيعه إذا كان معلوماً ، لأنه مباح حصله بشيء معد له فملكه ، كالصيد يحصل فى شبكته ، والسمك فى بركة معدة له ، ولا يجوز أخذ شيء منه الا بإذن مالكه .

« مسألة » قال (واذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبد صلاحها على الترك الى الجزاز لم يجز ، وان اشتراها على القطع جاز)

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشتريها بشرط التبقية ، فلا يصح البيع اجماعا ، لأن النبي (ص) « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » متفق عليه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث

(القسم الثانى أن يبيعها بشرط القطع فى الحال فيصح بالإجماع ، لأن المنع انما كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها . بدليل ما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو . قال : أرأيت اذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟» رواه البخارى . وهذا مأمون فيما يقطع

فصح بيعه كما لو بدا صلاحه القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا ، ولم يشترط قطعا ولا تبقية فالبيع باطل . وبه قال مالك والشافعى وأجازه أبو حنيفة ، لأن اطلاق العقد يقتضى القطع ، فهو كما لو اشترطه ، قال ومعنى النهى أن يبيعها مدركة قبل ادراكها ، بدلالة قوله « أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود فى الحال حتى يتصور المنع :

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع ، واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التى قرروها فى أن اطلاق العقد يقتضى القطع ، ويقرر ما قلنا من أن اطلاق العقد يقتضى التبقية ، فيصير العقد المطلق كالذى شرطت فيه التبقية بتناولهما النهى جميعا ويصح تعليلها بالعلة التى علل بها النبى (ص) من منع الثمرة وهلاكها

﴿ فصــــل ﴾

وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب

أحدها : أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل ، فهذا الضرب الذى ذكرنا حكمه وبينا بطلانه .

الثانى : أن يبيعها مع الاصل ، فيجوز بالإجماع ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها الا أن يشترط المبتاع » ولأنه اذا باعها مع الاصل حصلت تبعا فى البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها ، كما احتملت الجهالة فى بيع اللبن فى الضرع مع بيع الشاة والنوى فى التمر مع التمر وأساسات الحيطان فى بيع الدار

الثالث : أن يبيعها مفردة لمالك الاصل نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك ، أو يوصى لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصى ، ففيه وجهان :

أحدهما يصح البيع ، وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لانه يجتمع الاصل والثمرة للمشترى ، فيصح كما لو اشتراهما معاً ، ولانه اذا باعها لمالك الاصل حصل التسليم الى المشترى على الكمال ، لكونه مالكا لأصولها وقرارها ، فصح كبيعها مع أصلها

والثانى لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن العقد يتناول الثمرة خاصـــة والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة ، كما لو كانت الأصول لأجنبى . ولأنها تدخل فى عموم النهى ، بخلاف ما إذا باعها معاً فإنه مستثنى بالخبر المروى فيه ، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصـلا يمنع الصحة وفيما إذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعا ، ويجوز فى التابع من الغرر مالا يجوز فى المتبوع ، كما يجوز بيع اللبن فى الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما ، وإن باعه الثمر بشرط القطع فى الحال صح وجها واحداً ، ولا يلزم المشترى الوفاء بالشرط لأن الاصل له

فصل

ولا يجوز بيع الزرع الاخضر فى الارض إلا بشرط القطع فى الحال كما ذكرنا فى الثمرة على الاصول ، لما روى مسلم عن ابن عمر « أن النبى (ص) نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشـترى » . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به ، وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأى ، فإن باعه مع الارض جاز كبيع الثمرة مع الاصل ، وإن باعه لمالك الارض ففيه وجهان على ما ذكرنا فى الثمرة تباع من مالك الاصل .

وقال أبو الخطاب : يجوز وإن باعه إياه بشرط القطع جاز وجها واحداً ولم يلزم المشـترى الوفاء بالشرط ، لأن الاصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الاصل بشرط القطع ؛ وإذا اشتد حب الزرع جاز بيعه مطلقا وبشرط التبقية ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية المنع من بيعه ، فيدل على الجواز بعده . وفى رواية « نهى النبى (ص) عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » ولانه إذا اشتد حبه بدا صـــلاحه فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها . وإذا اشتد شىء من حبه جاز بيع جميع ما فى البستان من نوعه كالشجرة اذا بدا الصلاح فى شىء منها

(فصـل) ذكره القاضى فى الصلح قال : واذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه منه بعوض صح فيما يصح فى البيع وبطل فيما يبطل فيه ، ولو ادعى اثنان زرعا فى يد آخر فأقر لهما به فالزرع بينهما نصفان ، فإن صالح أحدهما عن حقه منه قبل

اشتداد حبه لم يجز ، سواء شرط القطع أو أطلق ، لأنه ان أطلق بطل ، للنهى عن بيع المحاضرة . وان شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه الا بقطع الزرع كله ، وان كانت الارض للمقر احتمل أن يصح واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما اذا اشترى زرعا أخضر فى أرض مملوكة له ، ولو كانت الارض لرجل والزرع لآخر فقال أحدهما صالحنى من نصف أرضى على نصف زرعك فيكون الزرع والارض بيننا نصفين ، فإن كان بعد اشتداد حبه جاز . لأنه يجوز بيعه ، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز ؟ على وجهين ، بناء على بيع الزرع من مالك الأرض ، وذلك لانه يبيع نصف الزرع لمالك الارض ويشترى منه نصف الارض التى له فيها الزرع ، وان شرطا فى البيع أن يقطعا الزرع جميعه ويسلم الارض فارغة ففيه وجهان أيضا ، أحدهما يصح لاشتراطهما قطع كل الزرع وتفريغ الارض منه ، واحتمل أن يبطل . لأن صاحب الارض باعه نصف الارض بشرط قطع زرع غيره ليسلم اليه أرضه ، وان قلنا يصح لم يلزم الوفاء بالشرط ، لان كل واحد منهما حصل زرعه فى أرضه فلم يلزم قطعه .

(فصل) واذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعا لم يجز ، سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع أو لم يشترطه ، لأنه لا يمكنه قطعه الا بقطع مالا يملكه ، فلم يصح اشتراطه .

(فصل) والقطن ضربان : أحدهما ما له أصل يبقى فى الارض أعواما ، كالشجر تتكرر ثمرته ، فهذا حكمه حكم الشجر فى أنه يصح إفراده بالبيع ، وإذا بيعت الارض بحقوقها دخل فى البيع وثمره كالطلع ان تفتح فهو للبائع والا فهو للمشترى

والثانى ما يتكرر زرعه كل عام ، فحكمه حكم الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقو ما فيه لم يجز بيعه الا بشرط القطع كالزرع الاخضر . وان قوى جوزه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية . كالزرع الذى اشتد حبه . واذا بيعت الارض لم يدخل فى البيع الا أن يشترطه المبتاع

والباذنجان نوعان : أحدهما ماله شجر تبقى أصوله وتتكرر ثمرته فهو كالشجر والثانى ما يتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير

« مسألة » قال (فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها ، فنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل . قال القاضي : هي أصح . فعلى هذا يرد المشتري الثمرة الى البائع ويأخذ الثمن . ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل ، وهو قول أكثر الفقهاء . لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى ولم تتميز . أو حنطة فانثالت عليها أخرى أو ثوبا فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلا فمرض أو توانا حتى صار شعيراً . قال إن أراد به حيلة فسد البيع وإلا لم يفسد . والظاهر أن هذه ترجع إلى مانقله ابن سعيد ؛ فإنه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من لم يرد حيلة . فإن أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على إبقائه لم يصح بحال . إذ قد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة

ووجه الرواية الأولى أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها » فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالإجماع . فيبقى ما عداه على أصل التحريم . ولأن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فأبطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء . وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض أو الفضل فيما يجب التساوي فيه . ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها . ووسائل الحرام حرام كبيع العينة . ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع . وعنه أنهما يتصدقان بالزيادة . قال القاضي : هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة ، فاستحبت الصدقة بها وإلا فالحق أنها للبائع تبعا للأصل . كسائر نماء المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان .

ونقل ابن أبي موسى في الإرشاد أن البائع والمشتري يكونان شريكين في الزيادة وأما إن حكمنا بصحة العقد فقد روى أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما ، فإن ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهو سبب الزيادة .

وقال القاضي : الزيادة للمشترى كالعبد إذا سمن . وحمل قول أحمد « يشتركان » على الاستحباب والأول أظهر لما ذكرنا . فإن الزيادة حصلت من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان فيها حق له . بخلاف العبد إذا سمن فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب ، فإنه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشترى ماليس بحق له ، بل ذلك حرام عليه ، فكيف يكون مستحبا؟ وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة . وهو قول الثورى ومحمد بن الحسن ، لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة

قال الثورى : إذا اشترى قصيلا يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقى . ولأن الأمر اشتبه فى هذه الزيادة وفى مستحقها فكان الاولى الصدقة بها . ويشبه أن يكون هذا استحبابا لأن الصدقة بالشبهات مستحبة . وان أبيا الصدقة بها اشتركا فيها والزيادة هى ما بين قيمتها حين الشراء وقيمتها يوم أخذها

قال القاضي : ويحتمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها وقيمتها بعده . لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشترى بتمامها لا حق للبائع فيها

وقال الثورى . يأخذ المشترى رأس ماله ويتصدق بالباقى . وكذلك الحكم فى الرطبة اذا طالت والزرع الاخضر إذا أدجن . وهذا فيما اذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره . ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلة على المنهى عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها . فأما ان قصد ذلك فالبيع باطل من أصله . لأنه حيلة محرمة

وعند أبى حنيفة والشافعى : لا حكم لقصده والبيع صحيح . قصد أو لم يقصد . وأصل هذا الخلاف فى تحريم الحيل . وقد سبق الكلام فى هذا

« مسألة » قال ﴿ فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك الى الجزاز جاز ﴾

وجملة ذلك أنه اذا بدا الصلاح فى الثمرة جاز بيعها مطلقا . وبشرط التبقية الى حال الجزاز وبشرط القطع . وبذلك قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز بشرط التبقية ، إلا أن محمداً قال : إذا تناهى عظمها جاز

واحتجوا بأن هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز ، كما لو شرط تبقية الطعام فى كندوجه .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فمفهومه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهى عنه قبل بدو الصلاح عندهم البيع بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح ، وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ، ولا فائدة فى ذكره ولان النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة » وتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية لان ما يقطع فى الحال لا يخاف العاهة عليه ، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة ، فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع ولان النقل والتحويل يجب فى المبيع بحكم العرف فاذا شرطه جاز كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الإمكان وفى هذا انفصال عما ذكروه .

فصـــل

ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح فى بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها ، أعنى أنه يباح بيع جميعها بذلك ، ولا أعلم فيه اختلافا وهل يجوز بيع سائر ما فى البستان من ذلك النوع ؟ فيه روايتان ، أظهرهما جوازه وهو قول الشافعى ومحمد بن الحسن ، وعنه لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه لان ما لم يبد صلاحه داخل فى عموم النهى ولانه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الاخر ، وكالذى فى البستان الاخر ، ووجه الاولى . أنه بدا الصلاح فى نوعه من البستان الذى هو فيه فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة ولان اعتبار بدو الصلاح فى الجميع يشق ، ويؤدى إلى الاشتراك واختلاف الايدى فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أبر بعضه دون بعض فأما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضى ، لا يتبعه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال محمد بن الحسن ، ما كان متقارب الإدراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه ، وان كان يتأخر إدراك البعض تأخيراً كثيراً ، فالبيع جائز فيما أدرك ولا يجوز فى الباقى ، وقال أبو الخطاب يجوز بيع ما فى البستان من ذلك الجنس . وهو الوجه الثانى لاصحاب الشافعى لان الجنس الواحد يضم بعضه الى بعض فى اكمال

النصاب فى الزكاة فيتبعه فى جواز البيع كالنوع الواحد ؛ والأول أولى : لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما ، فلم يتبع أحدهما الآخر فى بدو الصلاح كالجنسين ، ويخالف الزكاة ، فإن القصد هو الغنى من جنس ذلك المـــال لتقارب منفعته ، وقيام كل نوع مقام النوع الآخر فى المقصود ، والمعنى ههنا : هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك ، واختلاف الايدى ، ولا يحصل ذلك فى النوعين فصارا فى هذا كالجنسين .

(فصل) فأما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر فى جواز البيع حتى يبدو الصلاح فى أحدهما ، متجاورين كانا أو متباعدين ، وهذا مذهب الشافعى وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن بدو الصلاح فى شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه ؛ وبهذا قال مالك : لأنهما يتقاربان فى الصلاح ، فأشبها القراح الواحد ولأن المقصود الأمن من العاهة وقد وجد ، والمذهب الأول ، لأنه إنما جعل مالم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا وتابعاً له ، دفعاً لضرر الاشتراك واختلاف الأيدى ، وإلا فالأصل : اعتبار كل شيء بنفسه ؛ وما فى قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا ، وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع ، ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد ، فأفرد بالبيع مالم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز ، لدخوله تحت عموم النهى ، ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم ، وهى ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه : لانه دخل فى جواز البيع تبعاً دفعاً لمضرة الاشتراك ، واختلاف الايدى ولا يوجد ذلك ههنا ولانه قد يدخل فى البيع تبعاً مالا يجوز إفراده ، كالثمرة تباع مع الاصل ، والزرع مع الارض واللبن فى الضرع مع الشاة ، ويحتمل الجواز ، لان الكل فى حكم ما بدا صلاحه ، ولانه يجوز بيعه مع غيره ، فجاز بيعه منفردا كالذى بدا صلاحه .

(فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقى لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة ، وذلك يكون بالسقى

فإن قيل فلم قلتم إنه إذا باع الاصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشترى سقيها قلنا : لان المشترى لا يجب عليه تسليم الثمرة ، لانه لم يملكها من جهته ، وإنما

بقى ملكه عليها بخلاف مسألتنا ، فإن امتنع البائع من السقى لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه ، لانه دخل على ذلك .

(فصل) ويجوز لمشترى الثمرة بيعها فى شجرها ، روى ذلك عن الزبير بن العوام وزيد بن ثابت والحسن بن أبى الحسن البصرى وأبى حنيفة والشافعى وابن المنذر ، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة ، لانه بيع له قبل قبضه ، فلم يجز ، كما لو كان على وجه الارض فلم يقبضه .

ولنا أنه يجوز له التصرف فيه ، فجاز له بيعه كما لو جذه ، وقولهم : لم يقبضه لا يصح فإن قبض كل شىء بحسبه ، وهذا قبضه التخلية ، وقد وجدت .

« مسألة » قال ﴿ فإن كانت ثمرة نخل ، فبدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة ، وان كانت ثمرة كرم ، فصلاحها : أن تتموه ، وصلاح ماسوى النخل والكرم : أن يبدو فيها النضج ﴾

وجملة ذلك : أن ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه ، كثمرة النخل والعنب الاسود والاجاص ، فبدو صلاحه بذلك ، وان كان العنب أبيض ، فصلاحه بتموهه ، وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفر لونه ، وإن كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه ، فبأن يحلو أو يطيب ، وإن كان بطيخاً أو نحوه ، فبأن يبدو فيه النضج ، وان كان مما لا يتغير لونه ، ويؤكل طيبا صغارا وكباراً ، كالقثاء والخيار ، فصلاحه : بلوغه أن يؤكل عادة . وقال القاضى وأصحاب الشافعى : بلوغه أن يتناهى عظمه وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه . فإن بدو صلاح الشىء ابتداؤه . وتناهى عظمه آخر صلاحه ، ولأن بدو الصلاح فى الثمر يسبق حال الجزاز ، فلا يجوز أن يجعل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة الا أن يريدوا بتناهى عظمه انتهاءه الى الحال التى جرت العادة بأخذه فيها ، فيكون كما ذكرنا ، وما قلنا فى هذا الفصل فهو قول مالك والشافعى وكثير من أهل العلم . أو مقارب له وقال عطاء : لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير : وروى نحوه عن ابن عمر وابن عباس ، ولعلهم أرادوا صلاحه للأكل ، فيرجع معناه الى ما قلنا ؛ فإن

ابن عباس قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل » متفق عليه ، وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى ، لأن ما رووه يحتمل صلاحه للأكل ، فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الاخبار ، وهو ما روى عن النبي (ص) « أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب » متفق عليه « ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو ، قيل : وما تزهو ؟ قال : تحمار أو تصفار » رواه البخارى ، ونهى عن بيع العنب حتى يسود ، رواه الترمذى وابن ماجه والاحاديث فى هذا كثيرة كلها تدل على هذا المعنى .

«مسألة» قال (ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان ، وما أشبهه إلا لقطة لقطة)

وجملة ذلك : أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز الا بيع الموجود منها دون المعدوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : يجوز بيع الجميع ، لان ذلك يشق تمييزه فجعل مالم يظهر تبعا لما ظهر ، كما أن مالم يبد صلاحه تبع لما بدا .
ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولان مالم يبد صلاحه يجوز افراده بالبيع ، بخلاف مالم يخلق ولان مالم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وان كان مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا . اذا تقرر هذا : فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز الا بشرط القطع فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقا ، وبشرط القطع والتبقية على ما ذكرنا فى ثمرة الاشجار ، وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه .
(فصل) قال القاضى : ويصح بيع أصول هذه البقول التى تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ؛ ولا فرق بين كون الاصول صغارا أو كباراً ، مثمرة أو غير مثمرة ، لانه أصل تتكرر فيه الثمرة ؛ فأشبه الشجر فإن باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها ، الا أن يشترطها المبتاع ، فإن حدثت ثمرة أخرى فهى للمشترى ، فإن اختلطت بثمرة البائع ، ولم تتميز ، كان الحكم فيها كثمرة الشجرة اذا اختلطت بثمرة أخرى على ما مر حكمه
(فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور فى الأرض ؛ كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى

وأباحه مالك والأوزاعى واسحاق ؛ لأن الحاجة داعية اليه ، فأشبه بيع مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا .

ولنا أنه مبيع مجهول لم يره ، ولم يوصف له ، فأشبه بيع الحمل، ولان النبي (ص) « نهى عن بيع الغرر » رواه مسلم ، وهذا غرر ، وأما بيع مالم يبد صلاحه فإنما جاز بيعه لان الظاهر أنه يتلاحق فى الصلاح ويتبع بعضه بعضا ، فإن كان مما تقصد فروعه وأصوله ؛ كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل ، أو كان المقصود فروعه ، فالاولى : جواز بيعه ، لأن المقصود منه ظاهر ، فأشبه الشجر والحيطان التى لها أساسات مدفونة ، ويدخل مالم يظهر فى البيع تبعا ، فلا تضر جهالته ، كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع مع الحيوان ؛ وان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه فى الارض ، لان الحكم للأغلب ، فإن تساويا لم يجز لان الاصل اعتبار الشرط فى الجميع ، وانما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهرا تبعا ، ففيما عداه يبقى على الأصل .

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الاخضر فى قشرته مقطوعا وفى شجره ، وبيع الحب المشتد فى سنبله ، وبيع الطلع قبل تشققه ، مقطوعا على وجه الارض وفى شجره ؛ وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعى : لا يجوز حتى ينزع عنه قشره الأعلى ؛ الا فى الطلع والسنبل فى أحد القولين ؛ واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه ، فلم يجز بيعه ، كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح فى سلخه .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » فمفهومه اباحة بيعه اذا بدا صلاحه وابيض سنبله ، ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الاسفل ، ولا يصح قولهم : ليس من مصلحته ، فانه لا قوام له فى شجره الا به ، والباقلا يؤكل رطبا وقشره يحفظ رطوبته . ولأن الباقلا يباع فى أسواق المسلمين من غير نكير . فكان ذلك اجماعا : وكذلك الجوز واللوز فى شجرهما . والحيوان المذبوح يجوز فى سلخه . فانه اذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح . فكذلك إذا ذبح . كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت

وأما تراب الصاغة والمعدن فلنا فيهما منع ، وإن سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ، ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا .

« مسألة » قال ﴿ وكذلك الرطبة كل جزة ﴾

وجملة ذلك : أن الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الأرض ، ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع دفعة بعد دفعة كالنعناع والهندبا وشبههما لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال ، وبذلك قال الشافعي ، وروى ذلك عن الحسن وعطاء ، ورخص مالك في أن يشترى جزتين وثلاثا ، ولا يصح لأن ما في الأرض منه مستور وما يحدث منه معدوم ، فلا يجوز بيعه ، كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة فإذا ثبت هذا : فمتى اشتراها قبل لم يجز له إبقاؤها لأن ما لم يظهر منها أعيان لم يتناولها البيع ، فيكون ذلك للبائع إذا ظهر فيفضى إلى اختلاط المبيع بغيره ، والثمرة بخلاف ذلك فإن أخرها حتى طالت فالحكم فيها كالثمرة إذا اشتراها قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها .

(فصل) وإن اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ، ثم عاد فنبت ، فهو لصاحب الأرض لأن المشترى ترك الاصل على سبيل الرفض لها ، فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يخلفها ولذلك أبيح لكل التقاطها ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الارض نص أحمد على هاتين المسألتين ، ومما يؤكد ما قلنا : أن البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الاصول ويقلعها كان له ذلك ، ولم يملك المشترى منعه منه ، ولو كان الباقي مستحقا له للملك منعه منه .

« مسألة » قال (والحصاد على المشترى فإن شرطه على البائع بطل البيع)

الكلام في هذه المسألة في فصلين .

الاول : أن من اشترى زرعا . أو جزة من الرطبة ونحوها ، أو ثمرة في أصولها فإن حصاد الزرع وجذ الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشترى لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشترى كنقل الطعام المبيع من دار البائع ، ويفارق الكيل والوزن فإنهما على البائع لانهما من مؤنة التسليم إلى المشترى والتسليم

على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفا .

الفصل الثانى : إذا شرطه على البائع ، فاختلف أصحابنا . فقال الخرقى : يبطل البيع ، وقال ابن أبي موسى . لا يجوز ، وقيل يجوز، فإن قلنا : لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط ، على روايتين . وقال القاضى : المذهب جواز الشرط ، ذكره ابن حامد وأبو بكر ، ولم أجد هذا الذى ذكره الخرقى رواية فى المذهب ، واختلف أصحاب الشافعى أيضا . فقال بعضهم : إذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولا واحداً ، وقال بعضهم : يكون على قولين . فمن أفسد قال : لا يصح لثلاثة معان ، أحدها أنه شرط العمل فى الزرع قبل أن يملكه ، والثانى : أنه شرط ما لا يقتضيه العقد ، والثالث : أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعا ، ومن أجازه قال . هذا بيع وإجارة لانه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده . وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد فإذا جمعهما جاز كالعينين ، وقولهم . شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن فى البيع ، والثانى ، يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار ؛ والثالث . ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائما ، ولان الشرط من المتسلم فليس ذلك بتأخير التسليم ، فاذا فسدت هذه المعانى صح لما ذكرناه .

فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الإجارة لأن الضمان ينتقل فى البيع بتسليم العين ، بخلاف الإجارة ، فكيف يصح الجمع بينهما ؟

قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمهما مختلف فان الشفعة تثبت فى الشقص دون السيف ، ويجوز الجمع بينهما وقول الخرقى ان العقد ههنا يبطل ، يحتمل أن يختص بهذه المسألة وشبهها مما يفضى الشرط فيه إلى التنازع فان البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية ، والمشترى يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضى إلى التنازع ، وهو مفسدة ، فيبطل البيع من أجله ، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع فى المبيع ، لما ذكرنا فى صدر المسألة ، والاول أولى لوجهين .

أحدهما : أنه قال فى موضع آخر : ولا يبطل البيع بشرط واحد .

والثانى : أن المذهب أنه يصح اشتراط منفعة البائع فى المبيع مثل أن يشترى ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قميصا ، أو فلعة ويشترط حذوها نعلا ، أو جرزة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم ، نص عليه أحمد فى رواية مهنا وغيره ، حتى قال القاضى : لم أجد بما قال الخرقى رواية فى أنه لا يصح ، واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطى جرزة حطب وشارطه على حملها ، وبه قال إسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يشترى فلعة ويشترط على البائع تشريكها وحكى عن أبى ثور والثورى : أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد ، فأشبه سائر الشروط الفاسدة ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع وشرط » .

ولنا ما تقدم : ولم يصح أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، إنما الصحيح « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين فى بيع » كذا ذكره الترمذى وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد ، قال أحمد : انما النهى عن شرطين فى بيع ، أما الشرط الواحد فلا بأس به .

فصـــل

ولا بد من كون المنفعة معلومة لهما ليصح اشتراطها لأننا نزلنا ذلك منزلة الإجارة ، فلو اشترط حمل الحطب الى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ، ولو اشترط حذوها نعلا فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء ، قال أحمد : فى الرجل يشترى النعل على أن يحذوها جائز اذا أراد الشراك وان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الإجارة ورجع المشترى عليه بعوض ذلك ، وان تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والاجرة عليه كقولنا فى الإجارة .

(فصل) ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة ، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكناها شهراً ، أو جملا ويشترط ظهره الى مكان معلوم ، أو عبداً ويستثنى خدمته سنة ، نص على هذا أحمد ، وهو قول الاوزاعى واسحاق وأبى ثور

وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأى : لا يصح الشرط لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولانه ينافى مقتضى البيع فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه وذلك لانه شرط تأخير تسليم المبيع الى أن يستوفى البائع منفعته ولان مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه ، وهذا الشرط ينافيه ، وقال ابن عقيل : فيه رواية ثانية : أنه يبطل البيع والشرط نقلها عبد الله بن محمد الفقيه فى الرجل يشترى من الرجل جارية ، ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع فى هذه المسألة فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين .

أحدهما . أنها مجهولة واطلاقها يقتضى خدمتها أبداً وهذا لا خلاف فى بطلانه انما الخلاف فى اشتراط منفعة معلومة .

الثاني . أن يشترط خدمتها بعدزوال ملكه عنها ، فيفضى الى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها ، ولا يوجد هذا فى غيرها ، ولذلك منع اعارة الجارية الشابة لغير محرمها ، وقال مالك : اذا اشترط ركوبا الى مكان قريب جاز وان كان الى مكان بعيد كره لان اليسير تدخله المسامحة .

ولنا ما روى جابر « أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملا واشترط ظهره الى المدينة » وفى لفظ قال « فبعته بأوقية ، واستثنيت حملانه الى أهلي » متفق عليه . وفى لفظ قال « فبعته منه بخمس أواق ، قال قلت : على أن لى ظهره الى المدينة ، قال : ولك ظهره الى المدينة » ورواه مسلم ولان النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا الا أن تعلم » وهذه معلومة ولان المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشترى فيما اذا اشترى نخلة مؤبرة أو أرضا مزروعة ، أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة ، فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير ، ولم يصح نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وانما نهى عن شرطين فى بيع فمفهومه اباحة الشرط الواحد وقياسهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل فى الثمن

(فصل) وان باعه أمة واستثنى وطئها مدة معلومة لم يجز لان الوطء لا يباح فى غير ملك أو نكاح لقوله تعالى (٢٣ ، ٤ - ٧ والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه لان المكاتبة

مملوكة ، فيستباح وطؤها بالشرط فى المحل المملوك ، واختار ابن عقيل : أنه لا يباح وطؤها أيضاً ، وهو قول أكثر الفقهاء .

(فصل) وإن باع المشترى العين المستثناة منفعتها صح البيع ، وتكون فى يد المشترى الثانى مستثناة أيضاً فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار ، كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه فإن لم يعلم فله خيار الفسخ لأنه عيب ، فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة وإن أتلف المشترى العين فعليه أجر المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن المبيع وإن تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله ، نص عليه أحمد ، وقال : يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل . قال القاضى : معناه عندى القدر الذى نقصه البائع لأجل الشرط ، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لأنه يضمن ما فات بتفريطه ، فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل ، فأما إن تلفت بغير فعله ولا بتفريطه لم يضمن .

قال الأثرم . قلت لأبى عبد الله : فعلى المشترى أن يحمله على غيره لأنه كان له حملان ؟ قال : لا ، إنما شرط هذا عليه بعينه ولأنه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها ، كما لو تلفت النخلة المؤبرة بثمرتها . أو غير المؤبرة ، إذا اشترط البائع ثمرتها ، وكما لو باع حائطا واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت ، وقال القاضى : عليه ضمانها ، أخذاً من عموم كلام أحمد ، وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل ، وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا .

فصل

وإذا اشترط البائع منفعة المبيع وأراد المشترى أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع فى المنفعة ، أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله ، وله استيفاء المنفعة من غير المبيع ، نص عليه أحمد ، لأن حقه تعلق بها ، فأشبه ما لو استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولأن البائع قد يكون له غرض فى استيفاء منافع تلك العين ، فلا يجبر على قبول عوضها فإن تراضيا على ذلك جاز ، لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما وإن أراد البائع إعارة العين أو إجارتها لمن يقوم مقامه فله ذلك فى قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له ، فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة والموصى بمنافعها ولا يجوز إجارتها إلا لمثله فى الانتفاع فإن أراد إجارتها أو إعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز

ذلك ، كما لا يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ، ذكر ذلك ابن عقيل .

(فصل) إذا اشترط المشترى منفعةالبائع فى المبيع فأقام البائع مقامهمن يعمل العمل فله ذلك لأنه ههنا بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه ، وإن أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشترى قبوله ، وإن أراد المشترى أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لان المعاوضة عقد تراض فلم يجبر عليه أحد ، وإن تراضيا عليه احتمل الجواز لانها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها ، فإذا ملكها المشترى جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها ، وكما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصى ويحتمل أن لا يجوز لانه مشترط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فإنه يجوز أن يرد فى الخبز والخمير أقل أو أكثر ، ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يجز ولانه أخذ عوض عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض فأشبهالمنافع المستثناة شرعا وهو ما لو باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته إلى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالارض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

(فصل) ولو قال : بعتك هذه الدار وأجرتكها شهراً لم يصح لانه إذا باعه فقد ملك المشترى المنافع فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل فى مقابلة ما ملكه المشترى فلم يصح ، قال ابن عقيل وقد « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان » ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كراء بقفيز منه ، فيصير كأنه شرط عمله فى القفيز عوضا عن عمله فى باقى الكراء المطحون ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع فى المبيع .

(فصل) وإن شرط فى المبيع إن هو باعه فالبائع أحق به بالثمن فروى المروزى عنه أنه قال فى معنى حديث النبى (ص) لا شرطان فى بيع » يعنى أنه فاسد لانه شرط أن يبيعه إياه وأن يعطيه إياه بالثمن الاول فهما شرطان فى بيع نهى عنهما ، ولأنه ينافى مقتضى العقد لانه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط أن لا يبيعه

إلا من فلان ، أو أن لا يبيعه أصلا ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد : البيع جائز ، لما روى عن ابن مسعود أنه قال « ابتعت من امرأتى زينب الثقفية جارية ، وشرطت لها ان بعتها فهى لها بالثمن الذى ابتعتها به ، فذكرت ذلك لعمر فقال : لا تقربها ولأحد فيها شرط » .

قال اسماعيل : فذكرت لاحمد الحديث ، فقال البيع جائز ، ولا تقربها لانه كان فيها شرط واحد للمرأة ، ولم يقل عمر فى ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به ، وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته ، والقياس يقتضى فساده ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد فى رواية المروزى على فساد الشرط ، وفى رواية اسماعيل بن سعيد على جواز البيع . فيكون البيع صحيحا والشرط فاسداً ، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها .

وقول أحمد « لا تقربها » قد روى مثله فيمن اشترط فى الامة أن لا يبيعها ولا يهبها ، أو شرط عليه ولاءها ولا يقربها ، والبيع جائز ، واحتج بحديث عمر « لا تقربها ولأحد فيها مثنوية »

قال القاضى : وهذا على الكراهة لا على التحريم ، قال ابن عقيل : عندى أنه انما منع من الوطء لمكان الخلاف فى العقد ، لكونه يفسد بفساد الشرط فى بعض المذاهب .

« مسألة » قال (واذا باع حائطا واستثنى منه صاعا لم يجز ، وان استثنى منه نخلة أو شجرة بعينها جاز)

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين (أحدهما) أنه اذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعا أو آصعا أو مداً أو أمداداً أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعى والاوزاعى واسحق وأبى ثور وأصحاب الرأى ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك لان النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثنيا الا أن تعلم » رواه الترمذى وقال : هو حديث حسن صحيح وهذه ثنيا معلومة ولانه استثنى معلوما أشبه ما اذا استثنى منها جزءاً .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا » رواه البخاري ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة ، فلم يجز ويخالف الجزء فانه لا يغير حكم المشاهدة ، ولا يمنع المعرفة بها .

فصـــل

وإن باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطا واستثنى آصعا ، وقال القاضي في شرحه : يصح لأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة ، والصحيح . ماذكرناه ، وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط وإليها أقرب ، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق ههنا فلا يصح والله أعلم .

الفصل الثاني : أنه إذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز ، ولا نعلم في ذلك خلافا وذلك لأن المستثنى معلوم ، ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه ، وإن استثنى شجرة غير معينة لم يجز لأن الاستثناء غير معلوم فصار المبيع والمستثنى مجهولين ، وروى عن ابن عمر « أنه باع ثمرته بأربعة آلاف واستثنى طعام القيان » وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معينا بقدر طعام القيان لأنه لو حمل على غير ذلك كان مخالفا لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم ولأن المستثنى متى كان مجهولا لزم أن يكون الباقي بعده مجهولا فلا يصح بيعه كما لو قال : بعتك من هذه الثمرة طعام القيان .

(فصل) وإن استثنى جزءاً معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلث أو ربع أو أجزاء كسُبعين أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر وابن أبي موسى : لا يجوز .

ولنا أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح ، كما لو اشترى شجرة بعينها وذلك لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثيها . وقوله إلا ربعها ، معناه بعتك ثلاثة أرباعها ، ولو باع حيوانا واستثنى ثلثه جاز ، وكان معناه بعتك ثلثيه ، ومنع منه القاضي أبو يعلى . قياسا على استثناء الشحم ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح إفراده بالبيع ، وهذا معلوم ، ويصح إفراده بالبيع فصح استثناؤه كالشجرة المعينة وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا يصيران شريكين فيه ، للمشتري ثلثاه وللبائع ثلثه .

﴿ فصــل ﴾

فان قال : بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكا جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم فلا يفضى إلى الجهالة ، ولو قال : بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه قال : بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم ، ولو قال : الا ما يساوى درهما لم يصح لأن ما يساوى الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل ، فيكون مجهولا فيبطل .

(فصل) وان باع قطيعا واستثنى منه شاة بعينها صح ، وان استثنى شاة غير معينة لم يصح ، نص عليه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك : يصح أن يبيع مائة شاة الا شاة يختارها ، أو يبيع ثمرة حائطه ويستثنى ثمرة نخلات يعدها .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا الا أن تعلم » و « نهى عن بيع الغرر » ولأنه مبيع مجهول والمستثنى منه مجهول فلم يصح ، كما لو قال : الا شاة مطلقة ولأنه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال : بعتك شاة تختارها من القطيع .

وضابط هذا الباب : أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفرداً أو بيع ماعداه منفرداً عن المستثنى ، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة والشافعى ، الا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها للأثر الوارد فيه والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر ، وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

(فصل) وان باع حيوانا مأكولا واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح ، نص عليه أحمد ، وقال مالك : يصح فى السفر دون الحضر لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط ، فجوز له شراء اللحم دونها ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يجوز ، لأنه لا يجوز افراده بالعقد فلم يجز استثناؤه كالحمل .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا الا أن تعلم » وهذه معلومة ، وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما هاجر الى المدينة ومعه أبو بكر وعامر ابن فهيرة مروا براعى غنم ، فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة ، وشرطا له سلبها » .

وروى أبو بكر فى الشافى باسناده عن جابر عن الشعبى قال « قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بقرة باعها رجل واشترط رأسها

فقضى بالشروى ، يعنى أن يعطى رأساً مثل رأس ، ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح ، كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة ، وكونه لا يجوز إفراده بالبيع يبطل بالثمرة قبـــل التأبير لا يجوز إفرادها بالبيع بشرط التبقية ؛ ويجوز استثناؤها والحمل مجهول . ولنا فيه منع ، فان امتنع المشترى من ذبحها لم يجبر عليه ويلزمه قيمة ذلك على التقريب ، نص عليه لما روى عن على (رض) «أنه قضى فى رجل اشترى ناقة وشرط ثنياها ، فقال اذهبوا الى السوق ، فإذا بلغت أقصى ثمنها فأعطوه حساب ثنياها من ثمنها »

فصـــل

فإن استثنى شحم الحيوان لم يصح ، نص عليه أحمد ، قال أبو بكر : لايختلفون عن أبى عبد الله أنه لا يجوز ذلك ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » ولأنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع ، فلم يصح استثناؤه كفخذها ؛ وإن استثنى الحمل لم يصح استثناؤه لذلك ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والثورى والشافعى ، وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعى واسحاق وأبو ثور لما روى نافع عن ابن عمر « أنه باع جارية واستثنى ما فى بطنها » ولأنه يصح استثناؤه فى العتق ، فصح فى البيع قياساً عليه .

ولنا ما تقدم . والصحيح من حديث ابن عمر « أنه أعتق جارية واستثنى مافى بطنها » لأن الثقات الحفاظ حدثوا الحـــديث فقالوا « أعتق جارية » والاسناد واحد ، قاله أبو بكر . ولا يلزم من الصحة فى العتق الصحة فى البيع ، لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم ، ولا يعتبر فيه شروط البيع .

(فصل) وان باع جارية حاملا بحر ، فقال القاضى : لا يصح ؛ وهو مذهب الشافعى ، لأنه لا يدخل فى البيع ، فكأنه مستثنى ، والأولى صحته . لأن المبيع معلوم ، وجهالة الحمل لا تضر من حيث انه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ ، وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناؤه باللفظ ، كما لو باع أمة مزوجة صح ، ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ، ولو استثناها باللفظ لم يجز ، ولو باع أرضا فيها زرع للبائع ؛ أو نخلة مؤبرة لوقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ، ولو استثناها بقوله لم يجز .

(فصل) ولو باع داراً الا ذراعا وهما يعلمان ذرعان الدار جاز ، وكان مستثنيا جزءاً مشاعا منها ، لأنه جزء معلوم يصح إفراده بالبيع فجاز استثناؤه كثلثها وربعها وان لم يعلما لم يجز ، لأنه مجهول لا يجوز إفراده بالبيع ، ولانه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة، فلم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط والقفيز من الصبرة وهكذا الحكم إذا باعه ضيعة إلا جريبا ، فمتى علما جربان الضيعة صح ، والا فلا

(فصل) وإذا باع سمسما واستثنى الكسب لم يجز ، لانه قد باعه الشيرج فى الحقيقة ، وهو غير معلوم ، فإنه غير معين ولا موصوف ، ولان النبي (ص) « نهى عن الثنيا الا أن تعلم » ، وكذا لو باعه قطنا واستثنى الحب ، لم يجز لجهالة ذلك ، ولان المستثنى غير معلوم ، ولو باعه السمسم واستثنى الشيرج ، لم يجز كذلك

﴿ فصل ﴾

ولو باعه بدينار الا درهما ، أو الا قفيزاً من حنطة أو شعير ، لم يصح البيع لانه قصد رفع قدر المستثنى من المستثنى منه ، وقدر ذلك مجهول ، فيصير الثمن مجهولا

« مسألة » قال ﴿ واذا اشترى الثمرة دون الاصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

الأول : أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع ، وبهذا قال أكثر أهل المدينة ، منهم يحي بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث ، وبه قال الشافعي فى القديم ، وقال أبو حنيفة والشافعي فى الجديد هو من ضمان المشتري ، لما روى « أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : ان ابني اشترى ثمرة من فلان ، فأذهبتها الجائحة ، فسألته أن يضع عنه ، فتألى أن لا يفعل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تألى فلان أن لا يفعل خيراً » متفق عليه . ولو كان واجباً لاجبره عليه ، لان التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان ، كالنقل والتحويل ؛ ولانه لا يضمنه اذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره .

ولنا ما روى مسلم فى صحيحه عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر

بوضع الجوائح » وعنه قال . قال رسول الله (ص) « ان بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق » رواه مسلم وأبو داود ، ولفظه « من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا ، علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟ » وهذا صريح فى الحكم فلا يعدل عنه ، قال الشافعي : لم يثبت عندى أن رسول الله (ص) أمر بوضع الجوائح ، ولو ثبت لم أعده ، ولو كنت قائلا بوضعها لوضعتها فى القليل والكثير .

قلنا . الحديث ثابت ، رواه الائمة . منهم الامام أحمد ويحي بن معين وعلى بن حرب وغيرهم عن ابن عيينة عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم فى صحيحه وأبو داود فى سننه وابن ماجه وغيرهم ، ولا حجة لهم فى حديثهم ، فإن فعل الواجب خير ، فإذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً ، فأما الاجبار فلا يفعله النبي (ص) بمجرد قول المدعى من غير اقرار من البائع ، ولا حضور . ولان التخلية ليست بقبض تام . بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم . ولا يلزم من اباحة التصرف تمام القبض ، بدليل المنافع فى الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة . فإنها فى شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالا . وقياسهم يبطل بالتخلية فى الاجارة .

الفصل الثانى : أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمى فيها كالريح والبرد والجراد والعطش . لما روى الساجى باسناده عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى الجائحة . والجائحة تكون فى البرد والجراد ، وفى الحبق والسيل ، وفى الريح » وهذا تفسير من الراوى لكلام النبى صلى الله عليه وسلم . فيجب الرجوع اليه ، وأما ما كان بفعل آدمى . فقال القاضى : المشترى بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن . وبين البقاء عليه ومطالبة الجانى بالقيمة . لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة .

الفصل الثالث : أن ظاهر المذهب : أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها . الا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشىء اليسير الذى لا ينضبط فلا يلتفت اليه . قال أحمد : انى لا أقول فى عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ؛ ولا أدرى ما الثلث ؟

ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع ، وفيه رواية أخرى أن ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشترى ، وهو مذهب مالك والشافعى فى القديم ، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح ، ويسقط منها ، فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره فى مواضع ، منها الوصية وعطايا المريض ، وتساوى جراح المرأة جراح الرجل الى الثلث .

قال الأثرم : قال أحمد : إنهم يستعملون الثلث فى سبع عشرة مسألة ، ولأن الثلث فى حد الكثرة وما دونه فى حد القلة بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم فى الوصية « الثلث ، والثلث كثير » فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة . فلهذا قدر به .

ووجه الأول . عموم الأحاديث ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع ، وان كان قليلا كالتى على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر فى العادة ، ولا يسمى جائحة ، فلا يدخل فى الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة ، فكأنه مشروط .

إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب ، فإن تلف الجميع بطل العقد ، ويرجع المشترى بجميع الثمن ، وأما على الرواية الأخرى : فإنه يعتبر ثلث المبلغ ، وقيل : ثلث القيمة ، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن ، واذا اختلفا فى الجائحة أو قدر ما أتلف فالقول قول البائع ، لأن الأصل السلامة ، ولأنه ، غارم والقول فى الاصول قول الغارم .

﴿ فصل ﴾

فإن بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى اجتيحت ، فقال القاضى : عندى لا يوضع عنه ، لأنه مفرط بترك النقل فى وقته مع قدرته ، فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ، فأمكنه قطعها فلم يقطعها

حتى تلفت فهى من ضمانه ، لأن تلفها بتفريطه ، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهى من ضمان بائعها كالمسألة فيها .

(فصل) إذا استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر ، نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا ، لأن المعقود عليه منافع الارض ولم تتلف وإنما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها .

« مسألة » قال (وإذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع)

ظاهر كلام الخرقى أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بقبضه ، سواء كان متعينا كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها ، وهو ظاهر كلام أحمد ونحوه قول إسحاق

وروى عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن أبى سليمان : أن كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه . وقال القاضى وأصحابه : المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بمتعين منه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ومكيلة زيت من دن . فأما المتعين فيدخل فى ضمان المشترى كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل . وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم ، فإنه قال فى رواية أبى الحارث فى رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق الطعام فهو من مال المشترى واستدل بحديث ابن عمر « ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المشترى » وذكر الجوزجانى عنه فيمن اشترى ما فى السفينة صبرة ولم يسم كيلا فلا بأس أن يشرك فيها ويبيع ما شاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولى حتى يكال عليه ، ونحو هذا قال مالك ، فإنه قال : ما بيع من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ما روى الاوزاعى عن الزهرى عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد الله بن عمر يقول « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال

المبتاع » رواه البخارى عن ابن عمر من قوله تعليقا . وقول الصحابى « مضت السنة » يقتضى سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشترى كغير المكيل والموزون .

ونقل عن أحمد أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه ، سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن ، وهذا يقتضى أن الطعام خاصة لايدخل فى ضمان المشترى حتى يقبضه ؛ فإن الترمذى روى عن أحمد أنه أرخص فى بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه

وقال الاثرم سألت أبا عبد الله عن قوله « نهى عن ربح ما لم يضمن » قال هذا فى الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب ، فلا يبيعه حتى يقبضه . قال ابن عبد البر : الاصح عن أحمد بن حنبل أن الذى يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الطعام قبل قبضه » فمفهومه إباحة بيع ما سواه قبل قبضه

وروى ابن عمر قال « رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يُضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم » وهذا نص فى بيع المعين ، وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » متفق عليهما . ولمسلم عن ابن عمر قال « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه »

وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ، ولو دخل فى ضمان المشترى جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض . وهذا يدل على تعميم المنع فى كل طعام مع تنصيصه على المبيع مجازفة بالمنع ، وهو خلاف قول القاضى وأصحابه ، ويدل بمفهومه أن ما عدا الطعام يخالفه فى ذلك

ووجه قول الخرقى أن الطعام المنهى عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا أو موزونا أو معدوداً ، فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه أراد المكيل والموزون والمعدود من الطعام الذى ورد النص بمنع بيعه ؛ وهذا أظهر دليلا وأحسن

إذا ثبت هذا فإنه إن تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بآفة سماوية بطل العقد

ورجع المشترى بالثمن ، وان تلف بفعل المشترى استقر الثمن عليه وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وإن أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قيـــاس قوله فى الجائحة ، ويثبت للمشترى الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن ، لأن التلف حصل فى يد البائع فهو كحدوث العيب فى يده ، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل ان كان مثليا ، وبهذا قال الشافعى ولا أعلم فيه مخالفا ، وان أتلفه البائع فقال أصحابنا: الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي ، لانه أتلفه من يلزمه ضمانه ، فأشبه ما لو أتلفه أجنبي وقال الشافعى : ينفسخ العقد ويرجع المشترى بالثمن لا غير ، لانه تلف يضمنه به البائع فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى ، وفرق أصحابنا بينهما بكونه اذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد ، بخلاف ما اذا أتلفه فإن اتلافه يقتضى الضمان بالمثل ؛ وحكم العقد يقتضى الضمان بالثمن فكانت الخيرة الى المشترى فى التضمين بأيهما شاء

فصل

ولو تعيب فى يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوى فالمشترى مخير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له ، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن . لأنه ان رضيه معيبا فكأنه اشترى معيبا هو عالم بعيبه . ولا يستحق شيئا من أجل العيب . وان فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن ، لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه كان أولى وان تعيب بفعل المشترى أو تلف بعضه لم يكن له فسخ لذلك ، لانه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره . وان كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشترى مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أو عيب . وقياس قول الشافعى أن يكون بمنزلة مالو تلف بفعل الله تعالى ؛ وان كان بفعل أجنبى فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه ، فان كانت فى يد المشترى فهو كما لو أتلفه ، وان كانت فى يد البائع فهو بمنزلة اتلافه له . وكذلك ان كانت فى يد أجنبي فهو كاتلافه . فان لم تكن فى يد أحد انفسخ البيع . لان المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب الى آدمى فهو كتلفه بفعل الله تعالى

(فصـــل)

ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام فقبض الشاة أو العبد أو باعهما أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسـخ العقد الأول دون الثانى ولا يبطل الأخذ بالشفعة لأنه كمل قبل فسخ العقد ، ويرجع مشـترى الطعام على مشترى الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك لتعذر رده ، وعلى الشفيـع مثل الطعام ، لأنه عوض الشقص

« مســـألة » قال ﴿ وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ، وان تلف فهو من مال المشترى ﴾

يعنى ما عدا المكيل والموزون والمعدود فإنه يدخل فى ضمان المشترى قبل قبضه . وقال أبو حنيفة : كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع إلا العقار . وقال الشافعى : كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشترى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله ، لأن ابن عباس قال « أرى كل شىء بمنزلة الطعام » ولأن التسليم واجب على البائع لأنه فى يده فاذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمعـدود .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسـلم « الخراج بالضمان » وهذا المبيع نماؤه للمشترى فضمانه عليه ، وقول ابن عمر « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعا فهو من مال المبتاع » ولأنه لا يتعلق به حق توفيـة ، وهو من ضمانه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث ، وتخصيص النبي صلى الله عليه وسلم الطعام بالنهى عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له

(فصل) والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع لأنه يتعلق به حق توفية فجرى مجرى المكيل والموزون . قال أحمد : لو اشترى من رجل عبداً بعينه فمات فى يد البائع فهو من مال المشترى إلا أن يطلبه فيمنعه البائع فهو ضامن لقيمته حين عطب ؛ ولو حبسه ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا إلا أن يكون قد اشترط عليه فى نفس الرهن

(فصل) وقبض كل شىء بحسبه ، فان كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا

فقبضه بكيله وونه ، وبهذا قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : التخلية فى ذلك قبض وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أن القبض فى كل شىء بالتخلية مع التمييز ، لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله (ص) قال « اذا بعت فكل واذا ابتعت فاكتل » رواه البخارى ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع وصاع المشترى » رواه ابن ماجه . وهذا فيما بيع كيلا وان بيع جزافا فقبضه نقله ، لان ابن عمر قال « كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اشتروا طعاما جزافا أن يبيعوه فى مكانه حتى يحولوه » وفى لفظ « كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذى ابتعناه الى مكان سواه قبل أن نبيعه » وفى لفظ « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله » رواهن مسلم

وهذا يبين أن الكيل انما وجب فيما بيع بالكيل . وقد دل على ذلك أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » رواه الاثرم ، وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد ، وان كان ثيابا فقبضها نقلها ، وان كان حيوانا فقبضه تمشيته من مكانه ، وان كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه ، وقد ذكره الخرقى فى باب الرهن فقال : ان كان مما ينقل فقبضه أخذه اياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لا ينقل فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه ، ولان القبض مطلق فى الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف ، كالإحراز والتفرق ، والعادة فى قبض هذه الاشياء ما ذكرنا

(فصل)

وأجرة الكيال والوزان فى المكيل والموزون على البائع ، لان عليه تقبيض المبيع للمشترى ، والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع ؛ كما أن على بائع الثمرة سقيها ، وكذلك أجرة الذى يعد المعدودات . وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشترى لأنه لا يتعلق به حق توفية ، نص عليه أحمد

(فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده ، باختيار البائع وبغير اختياره

لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولأن التسليم من مقتضيات العقد . فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن .

« مسألة » قال ﴿ ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه ﴾

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه ، وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » متفق عليه ، ولأنه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالسلم ، ولم أعلم بين أهل العلم خلافا ، إلا ما حكى عن البتى أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه .

وقال ابن عبدالبر : وهذاقول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام ، وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ، ومثل هذا لا يلتفت إليه ، وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه فى أظهر الروايتين ، ويروى مثل هذا عن عثمان ابن عفان رضى الله عنه وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والأوزاعى وإسحاق وعن أحمد رواية أخرى : لا يجوز بيع شيء قبل قبضه ، اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى ، إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه .

واحتجوا بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه ، وبما روى أبو داود « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم » وروى ابن ماجه « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض » وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب ابن أسيد إلى مكة قال : انههم عن بيع ما لم يقبضوه وعن ربح ما لم يضمنوه » ولأنه لم يتم الملك عليه ، فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون .

ولنا ما روى ابن عمر قال « كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم ، فسألنا النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ؟ فقال « لا بأس اذا تفرقتما وليس بينكما شيء » وهذا تصرف فى الثمن قبل قبضه ، وهو أحد العوضين » وروى ابن عمر « أنه كان على بكر صعب — يعنى لعمر — فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال : هو لك

يا رسول الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت » وهذا ظاهره التصرف فى المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جمله ونقده ثمنه ثم وهبه اياه قبل قبضه ، ولأنه أحد نوعى المعقود عليه ، فجاز التصرف فيه قبل قبضه ، كالمنافع فى الإجارة فإنه يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ، ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال فى يد مودعه أو مضاربه ، فأما أحاديثهم فقد قيل : لم يصح منها الا حديث الطعام ، وهو حجة لنا بمفهومه فإن تخصيصه الطعام بالنهى عن بيعه قبل قبضه يدل على اباحة ذلك فيما سواه وقولهم : لم يتم الملك عليه : ممنوع فإن السبب المقتضى للملك متحقق ، وأكثر ما فيه تخلف القبض ، واليد ليست شرطاً فى صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف فى الصداق وعوض الخلع عند أبى حنيفة .

فصل

وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه ، قال القاضى : ولو ابتاع شيئاً مما يحتاج الى قبض ، فلقيه ببلد آخر لم يكن له مطالبته ولا أخذ بدله وان تراضيا لأنه مبيع لم يقبض فإن كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه وان كان فى سلم لم يجز أخذ البدل عنه لأنه أيضاً لا يجوز بيعه .

(فصل) وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه ، كالذى ذكرنا ، والأجرة وبدل الصلح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود ، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعتق على مال ، وبدل الصلح عن دم العمد ، وأرش الجناية وقيمة المتلف لأن المطلق للتصرف الملك ، وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر ، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه ، وهذا قول أبى حنيفة ، والمهر كذلك عند القاضى . وهو قول أبى حنيفة لأن العقد لا ينفسخ بهلاكه ، وقال الشافعى : لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، ووافقه أبو الخطاب فى غير المتعين لأنه يخشى رجوعه

بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول ، أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها ، وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فإن قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول ، وأما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .

وإن كان لإنسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلا فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها ، فجاز بيعها كالتي في يده ، وإن كان غصباً جاز بيعه ممن هو في يده لأنه مقبوض معه فأشبه بيع العارية ممن هي في يده ، وأما بيعه لغيره فإن كان عاجزاً عن استنقاذه ، أو ظن أنه عاجز لم يصح شراؤه له لأنه معجوز عن تسليمه إليه ، فأشبه بيع الآبق والشارد وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع لإمكان قبضه فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه ، ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبه ما لو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها أو غائباً بالصفة فعجز عن تسليمه .

(فصل) وإن كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه لعمرو مثل ذلك الطعام سلما ، فقال زيد لعمرو : اذهب فاقبض الطعام الذي لي من غريمي لنفسك ففعل لم يصح لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه ، وهل يصح القبض لزيد ؟ على روايتين .

احداهما : يصح لأنه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله .

والثانية : لا يصح لأنه لم يجعله نائباً له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل ، فعلى الوجه الأول : يصير ملكا لزيد ، وعلى الثاني : يكون باقيا على ملك المسلم اليه ، ولو قال زيد لعمرو : احضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل ، لم يصح ، وهل يكون قابضا لنفسه ؟ على وجهين :

أولهما : أنه يكون قابضا لنفسه لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه

فصح القبض له ، كما لو نوى القبض لنفسه ، فعلى هذا اذا قبضه لعمرو صح ، وان قال : خذه بهذا الكيل الذى قد شاهدته فأخذه به صح لأنه قد شاهد كيله وعلمه ، فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية ، وعنه لا يجزىء ، وهو مذهب الشافعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان » وهذا داخل فيه ولانه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافا ، ولو قال زيد لعمرو : احضرنا حتى أكتاله لنفسى ثم تكتاله أنت ، وفعلا صح بغير اشكال ، وان اكتاله زيد لنفسه ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذى شاهده فعلى روايتين وان تركه زيد فى المكيال ودفعه الى عمرو ليفرغه لنفسه صح ، وكان ذلك قبضا صحيحا لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولا معنى لابتداء الكيل ههنا ، اذ لا يحصل به زيادة علم .

وقال أصحاب الشافعى : لا يصح لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، وهذا يمكن القول بموجبه ، وقبض المشترى له فى المكيال جرى لصاعيه فيه ، ولو دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشتر لك بها مثل الطعام الذى لك على ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا يكون عوضها لعمرو فإن اشترى الطعام بعينها أو فى ذمته ، فهو كتصرف الفضولى على ما نبين ، وان قال : اشتر لى بها طعاما ثم أقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ، ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم فى مثل هذه الصورة ، وان قال : اقبضه لنفسك ففعل جاز ، نص أحمد على نظير ذلك ، وهكذا جميع المسائل التى تقدمت اذا حصل الطعام فى يد عمرو لزيد فأذن له أن يقبض من نفسه ، وقال أصحاب الشافعى : لا يصح لانه لا يجوز أن يكون قابضا لنفسه من نفسه .

ولنا أنه يجوز أن يشترى لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئا جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا .

(فصل) وان اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك ، وهو قول الحسن وابن سيرين ، كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئا مما يكال أو يوزن قبل أن يقتسماه لانه لم يقبض نصيبه

منفرداً فأشبه غير المقبوض ، ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لأجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الاموال فإن تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذى كاله لم يجز ، كما لو اشترى من رجل طعاما فاكتاله وتفرقا ثم باعه اياه بذلك الكيل ، وان لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين تقدمتا .

« مسألة » قال ﴿ والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع ﴾

وجملته . أن ما يحتاج الى القبض لا تجوز الشركة فيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك . يجوز هذا كله فى الطعام قبل قبضه لانها تختص بمثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة .

ولنا أن هذه أنواع بيع فتدخل فى عموم النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فإن الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه ولانه تمليك لغير من هو فى ذمته فأشبه البيع وفارق الاقالة فإنها فسخ للبيع فأشبهت الرد بالعيب ، وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه .

فصـــل

وأما التولية والشركة فيما يجوز بيعه فجائزان لانهما نوعان من أنواع البيع وانما اختصا بأسماء كما اختص بيع المرابحة والمواضعة بأسماء ، فاذا اشترى شيئا فقال له رجل . أشركنى فى نصفه بنصف الثمن ، فقال أشركتك صح وصار مشتركا بينهما ، وان قال : ولنى ما اشتريته بالثمن فقال : وليتك صح اذا كان الثمن معلوما لهما فان جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرقم ، ولو قال : أشركنى فيه ، أو قال : الشركة فيه فقال : أشركتك أو قال : ولنى ما اشتريت ولم يذكر الثمن ، صح اذا كان الثمن معلوما لان الشركة تقتضى ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن ، والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا أطلق اسمه انصرف اليه كما لو قال : أقلنى ، فقال : أقلتك ؛ وفى حديث عن زهرة ابن معبد ، أنه كان يخرج به عبد الله بن هشام الى السوق فيشترى الطعام ؛ فيتلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له ؛ أشركنا فان النبى صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة ، فيشركهم ، فربما أصاب الراحلة كما هى

فيبعث بها الى المنزل ، ذكره البخارى ، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل : أشركنى فأشركه انصرف الى نصفه ، لأنها بإطلاقها تقتضى التسوية ، فإن اشترى اثنان عبداً فاشتركا فيه ، فقال لهما رجل: أشركانى فيه فقالا : أشركناك ، احتمل أن يكون له النصف ، لأن إشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً كان له النصف . فكذلك حال الاجتماع ، ويحتمل أن يكون له الثلث ، لأن الاشتراك يفيد التساوى ولا يحصل التساوى إلا بجعله بينهم أثلاثاً ، وهذا أصح ، لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف لحصول التسوية به وان أشركه كل واحد منهمامنفرداً كان له النصف ولكل واحد منهما الربع ؛ وان قال : أشركانى فيه فأشركه أحدهما ؛ فعلى الوجه الأول : يكون له نصف حصة الذى أشركه وهو الربع ، وعلى الآخر له السدس لأن طلب الشركة منهما يقتضى طلب ثلث مافى يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما ، فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وإن قال له أحدهما : أشركناك انبنى على تصرف الفضولى .

فإن قلنا : يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه ، فهل يثبت له الملك فى نصفه أو فى ثلثه : على الوجهين ، ولو قال لأحدهما : أشركنى فى نصف هذا العبد فأشركه ، فإن قلنا : يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه ، فله نصف العبد ولهما نصفه ، والا فله نصف حصة الذى أشركه : وان اشترى عبداً فلقيه رجل فقال : أشركنى فى هذا العبد ، فقال : قد أشركتك فله نصفه ، فإن لقيه آخر فقال : أشركنى فى هذا العبد ، وكان عالماً بشركة الأول ، فله ربع العبد وهو نصف حصة الذى شركه ، لأن طلبه للاشراك رجع الى ما ملكه المشارك ، وهو النصف فيكون بينهما ، وان لم يعلم بشركة الأول ، فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذى طلب منه المشاركة ، فاذا قال له : أشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يصير له نصف العبد كله ، ولا يبقى للذى شركه شيء لأنه طلب منه نصف العبد ، فأجابه الى ذلك ؛ فصار كأنه قال بعنى نصف هذا العبد فقال : بعتك ؛ وهذا قول القاضى .

الثانى : أن ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه

فينفذ فى نصف نصيبه ويقف فى الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين ، لأن لفظ الشركة يقتضى بيع بعض نصيبه ومساواة المشترى له . فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ولا يستحق فيه ما طلب منه .

والثالث : أن لا يكون للثانى الا الربع بكل حال ، لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع : شركتك ، لأن ذلك هو الايجاب الناقل للملك ، وهو عالم أنه ليس له إلا نصف العبد ، فينصرف إيجابه الى نصف ملكه ؛ وعلى هذين الوجهين : لطالب الشركة الخيار ، لأنه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه ، الا أن نقول بوقوفه على الاجازة فى الوجه الثانى ، فيجيزه الآخر ، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلا ، لأنه طلب شراء النصف ، فأجيب فى الربع ، فصار بمنزلة ما لو قال : بعنى نصف هذا العبد فقال بعتك ربعه .

فصل

ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل : بعنى نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض كله ، لأن البيع ينصرف الى مايجوز له بيعه وهو النصف المقبوض ، وان قال : أشركنى فى هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه ، فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بقسطه من الثمن ، لأن الشركة تقتضى التسوية ، هكذا ذكره القاضى . والصحيح إن شاء الله تعالى . أنه تنصرف الشركة الى النصف كله ، فيكون تابعاً لما يصح بيعه ومالا يصح ، فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة . فلا يصح فى الربع الذى ليس بمقبوض ، وهل يصح فى المقبوض ؟ على وجهين .

(فصل) فأما الحوالة فمعناه أن يكون على مشترى الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذى اشتراه ، فيقول لغريمه . اذهب فاقبض الطعام الذى اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك ، لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا فى الفصل الذى قبل هذه المسألة .

(فصل) إذا كان لرجل فى ذمة آخر طعام من قرض لم يجز أن يبيعه من غيره قبل قبضه ، لأنه غير قادر على تسليمه ، ويجوز بيعه ممن هو فى ذمته فى الصحيح من المذهب ، لحديث ابن عمر « كنا نبيع الأبعرة بالبقيع بالدراهم فنأخذ

مكانها الدنانير ، وهذا مذهب الشافعي . وروى أنه لا يصح كما لا يصح فى السلم ، والاول أولى ، فإن اشتراه منه بموصوف فى الذمة من غير جنسه جاز ، ولا يتفرقا قبل القبض ، لانه يكون بيع دين بدين ، فإن أعطاه معيناً مما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه بدل الحنطة شعيراً جاز ، ولم يجز التفرق قبل القبض ، وان أعطاه معينا لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض ، كما لو قال : بعتك هذا الشعير بمائة درهم فى ذمتك ، ويحتمل أن لا يجوز ، لأن المبيع فى الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم .

﴿ فصـــل ﴾

وإذا قال رجل لغريمه : بعنى هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل ، فالشرط باطل ، لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء ، وهل يبطل البيع ؟ ينبنى على الشروط الفاسدة فى البيع ، هل تبطله ؟ على الروايتين ، وان قال : اقضنى حقى على أن أبيعك كذا وكذا ، فالشرط باطل والقضاء صحيح ، لانه قبضه حقه ، وإن قال : أقضنى أجود من مالى على أن أبيعك كذا وكذا ، فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بماله .

« مسألة » قال (وليس كذلك الإقالة ، لانها فسخ وعن أبي عبد الله الاقالة بيع)

اختلفت الرواية فى الاقالة ، فعنه أنها فسخ وهو الصحيح ، واختيار أبي بكر وهو مذهب الشافعي :

والثانية . أنها بيع ، وهى مذهب مالك ، لأن المبيع عاد الى البـائع على الجهة التى خرج عليها منه : فلما كان الاول بيعاً كذلك الثانى ، ولانه نقل الملك بعوض على وجه التراضى ، فكان بيعاً كالاول ، وحكى عن أبي حنيفة . أنها فسخ فى حق المتعاقدين ، بيع فى حق غيرهما ، فلا تثبت أحكام البيع فى حقهما ، بل تجوز فى السـلم وفى المبيع قبل قبضه ، ويثبت حكم البيع فى حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذى تقايلا فيه بالشفعه .

ولنا أن الاقالة هى الدفع والازالة ، يقال : أقالك الله عثرتك ، أى أزالها . قال النبي صلى الله عليه وسلم « من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة » .

قال ابن المنذر . وفى إجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه . دليل على أن الاقالة ليست بيعا ، ولأنها تجوز فى المسلم فيه قبل قبضه ، فلم تكن بيعاً كالاسقاط ، ولأنها تتقدر بالثمن الأول ، ولو كانت بيعاً لم تتقدر به ، ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع ، فكان فسخاً كالرد بالعيب ، ويدل على أبى حنيفة بأن ما كان فسخا فى حق المتعاقدين كان فسخا فى حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار . ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة الى شخص دون شخص ، والاصل اعتبار الحقائق .

(فصل) فإن قلنا هى فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر . لابد فيها من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع فى إيجاب كيل ثان ، كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق فى العدة .

ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو اختلاف المتبايعين ، وفارق العدة ، فإنها اعتبرت للاستبراء . والحاجة داعية إليه فى كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسألتنا .

فان قلنا : هى بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض . لان بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز . كما لا يجوز من غيره . ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخا . لأنها رفع للعقد وإزالة له . وليست بمعاوضة ، فأشبهت سائر الفسوخ ؛ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث ، ولو كانت بيعا استحقت بها الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع ، ولا تجوز إلا بمثل الثمن سواء

قلنا : هى فسخ أو بيع ، لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية ، وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من الثمن الاول وأقل منه إذا قلنا : إنها بيع كسائر البياعات فان قلنا : لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول فأقال بأقل منه أو أكثر . لم تصح الاقالة . وكان الملك باقيا للمشترى . وبهذا قال الشافعى .

وحكى عن أبى حنيفة . أنها تصح بالثمن الاول . ويبطل الشرط ، لأن لفظ الاقالة اقتضى مثل الثمن ، والشرط ينافيه ، فبطل وبقى الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ .

ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل ، فبطل كبيع درهم بدرهمين ، ولأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه ، فإذا شرط زيادة أو نقصانا أخرج العقد عن مقصوده فبطل ، كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه ، ويفارق سائر الفسخ لأنه لا يعتبر فيه الرضا منهما ، بل يستقل به أحدهما ، فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه ، وإن شرط لنفسه شيئا لم يلزمه أيضا لأنه لا يستحق أكثر من الفسخ ، وفى مسألتنا لا تجوز الإقالة إلا برضاهما . وإنما رضى بها أحدهما مع الزيادة أو النقص : فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه ، فتبطل الإقالة لعدم رضاه بها .

« مسألة » قال ﴿ ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها ﴾

هذه المسألة تدل على حكمين :

أحدهما إباحة بيع الصبرة جزافا مع جهل البائع والمشترى بقدرها ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ولا نعلم فيه خلافا ، وقد نص عليه أحمد ، ودل عليه قول ابن عمر « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة ، فإن ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه فى الظاهر فاكتفى برؤية ظاهره ، بخلاف الثوب فإن نشره لا يشق ولم تختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة ، لأنه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية . وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو جزءاً منها معلوما جاز لأن ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان ، ولأن جملتها معلومة بالمشاهدة فكذلك جزؤها .

قال ابن عقيل : ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الأجزاء ، فإن كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح ، ويحتمل أن يصح لأنه يشترى منها جزءاً مشاعا فيستحق من جيدها ورديئها بقسطه ، ولا فرق بين الأثمان والمثمنات

فى صحة بيعها جزافا . وقال مالك لايجوز فى الأثمان لأن لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها ، فأشبه الرقيق والثياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة فأشبه المثمنات والنقرة والحلى ، ويبطل بذلك ما قاله وأما الرقيق فإنه يجوز بيعهم إذا شاهدهم ولم يعدهم . وكذلك الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها

الحكم الثانى : انه إذا اشترى الصبرة جزافا لم يجز له بيعها حتى ينقلها ، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم . وعنه رواية أخرى : له بيعها قبل نقلها ، اختارها القاضى ، وهو مذهب مالك ، لأنه مبيع متعين لا يحتاج الى حق توفية ، فأشبه الثوب الحاضر .

ولنا قول ابن عمر « ان كنا لنشـــترى الطعام من الركبان جزافا ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » مع ما ذكرنا من الأخبار . وروى الأثرم بإسناده عن عبيد بن حنين قال « قدم زيت من الشام فاشتريت منه أبعرة وفرغت من شرائها، فقام إلىّ رجل فأربحنى فيها ربحا، فبسطت يدى لأبايعه فإذا رجل يأخذنى من خلفى ، فنظرت فاذا زيد بن ثابت فقال : لا تبعه حتى تنقله الى رحلك ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك » فاذا تقرر هذا فان قبضها نقلها كما جاء فى الخبر ، ولأن القبض لو لم يعين فى الشرع لوجب رده الى العرف كما قلنا فى الإحياء والإحراز ، والعادة فى قبض الصبرة النقل

﴿ فصل ﴾

ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها أو يجعل الردىء فى باطنها أو المبلول ونحو ذلك . لما روى أبو هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة من طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بللا ، فقال يا صاحب الطعام ما هذا ؟ قال أصابته السماء يا رسول الله ، قال أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ ثم قال : من غشنا فليس منا » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، فاذا وجد ذلك ولم يكن المشترى علم به فله الخيار بين

الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما لأنه عيب ، وإن بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشترى لأنه زيادة له ، وان علم البائع ذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة به ؛ وان لم يكن علم فله الفسخ ، كما لو باع بعشرين درهماً فوزنها بصنجة ثم وجد الصنجة زائدة كان له الرجوع . وكذلك لو باع بمكيال ثم وجده زائداً ، ويحتمل أنه لا خيار له ، لأن الظاهر أنه باع ما يعلم فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال .

« مسألة » قال (ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة)

نص أحمد على هذا فى مواضع ، وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة . وبه قال مالك واسحاق . وروى ذلك عن طاوس . قال مالك ، لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك . وعن أحمد أن هذا مكروه غير محرم ، فان بكر بن محمد روى عن أبيه أنه سأله عن الرجل يبيع الطعام جزافاً وقد عرف كيله ، وقلت له إن مالكا يقول إذا باع الطعام ولم يعلم المشترى ، فان أحب أن يرده رده ، قال هذا تغليظ شديد ، ولكن لا يعجبنى اذا عرف كيله إلا أن يخبره ، فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء . ولم ير أبو حنيفة والشافعى بذلك بأسا لأنه إذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى

ووجه الأول ما روى الأوزاعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافا حتى يبينه »

قال القاضى وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله » والنهى يقتضى التحريم ، وأيضا الإجماع الذى نقله مالك ، ولأن الظاهر أن البائع لا يعدل الى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشترى والغش له ولذلك أثر فى عدم لزوم العقد ، وقد قال عليه السلام « من غشنا فليس منا» فصار كما لو دلس العيب ، فان باع ما علم كيله صبرة فظاهر كلام أحمد فى رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم ، وهو قول مالك والشافعى لأن المبيع معلوم

لها ولا تغرير من أحدهما ، فأشبه ما لو علما كيله أو جهلاه ، ولم يثبت ماروى من من النهى فيه ؛ وإنما كرهه أحمد كراهة تزيه لاختلاف العلماء فيه ، ولأن استواءهما فى العلم والجهل أبعد من التغرير

وقال القاضى وأصحابه : هذا بمنزلة التدليس والغش إن علم به المشترى فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فهو كما لو اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وإن لم يعلم أن البائع كان عالما بذلك فله الخيار فى الفسخ والإمضاء ؛ وهذا قول مالك لأنه غش وغدر من البائع ، فصح العقد معه ويثبت للمشترى الخيار ، وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد لأنه منهى عنه ، والنهى يقتضى الفساد

(فصـــل)

وإن أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فإن قبضه باكتياله تم البيع والقبض ، وإن قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافاً ، فإن كان المبيع باقياً كاله عليه ، فإن كان قدر حقه الذى أخبره به فقد استوفاه ، وان كان زائداً رد الفضل وإن كان ناقصاً أخذ النقص وإن كان قد تلف فالقول قول القابض فى قدره مع يمينه ، سواء كان النقص قليلا أو كثيراً ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق ، وليس للمشترى التصرف فى الجميع قبل كيله ، لأن للبائع فيه علقة ، فإنه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف فى أقل من حقه بغير كيل ، لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وإن تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له ، مثل أن يكون حقه قفيزاً فتصرف فى ذلك أو فى أقل منه بالكيل ففيه وجهان :

أحدهما له ذلك لانه تصرف فى حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له

والثانى لا يجوز ، لانه لا يجوز له التصرف فى الجميع ، فلم يجز له التصرف فى البعض كما قبل القبض ؛ وان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً ، فأما ان أعلمه بكيله ثم باعه إياه مجازفة على أنه له بذلك الثمن ، سواء كان زائداً أو ناقصا لم يجز لما روى الاثرم بإسناده عن الحكم قال « قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اذهبوا بنا إلى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبة فقال عثمان فى هذه الغرارة كذا وكذا وابتعتها بكذا وكذا ، فقال رسول الله (ص) « إذا سميت الكيل فكل »

قال أحمد : إذا أخبره البائع أن فى كل قارورة مَنّا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبنى ، لقوله لعثمان « إذا سميت الكيل فكل » قيل لهم إنهم يقولون : إذا فتح فسد . قال فلِم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقى ؟

(فصل) ولو كال طعاما وآخر ينظر اليه ، فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان ؟ على روايتين نص عليهما

إحداهما لا يحتاج الى كيل لأنه شاهد كيله ، فأشبه ما لو كيل له

والثانية يحتاج الى كيل لانه بيع ، فاحتاج الى كيل للأخبار والقياس على البيع الاول ؛ ولو كاله البائع للمشترى ثم اشتراه منه فكذلك ، لما ذكرنا فى التى قبلها ، ولو اشترى اثنان طعاماً فاكتالاه ثم ابتاع أحدهما حصة شريكه قبل تفرقهما ، فقال أحمد فى رواية حرب . إذا اشتريا غلة أو نحوها وحضراها جميعاً وعرفا كيلها فقال أحدهما لشريكه: بعنى نصيبك وأربحك فهو جائز ، وإن لم يحضر هذا المشترى الكيل فلا يجوز الا بكيل ، قال ابن أبى موسى وفيه رواية أخرى ، لا بد من كيله، ووجهها ماتقدم

قال القاضى ومعنى الكيل فى هذه المسائل أنه يرجع فى قدره الى قول القابض اذا كان النقص يسيراً يقع مثله فى الكيل فالقول قوله مع يمينه ، وان كان لا يقع مثله فى الكيل لم يقبل قوله لأننا نتحقق كذبه ؛ بخلاف مسائل الفصل الذى قبله لانه لم يكل بحضرته ، والظاهر أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضى . وفائدة اعتبار الكيل ما ذكره القاضى ، وأنه لا يجوز للمشترى التصرف فيه الا ما ذكرنا فى الفصل الذى قبله ، وان باعه للثانى فى هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يفتقر الى كيل ثان والقبض فيه بنقله كسائر الصبر

(فصـــل)

قال أحمد فى رجل يشترى الجوز فيعد فى مكتل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المعيار . قال لا يجوز : وقال فى رجل ابتاع أعكاما كيلا وقال للبائع كل لى عكماً واحداً وأحداً ما بقى على هذا الكيل ، أكره هذا ، حتى يكيلها كلها . وقال الثورى كان أصحابنا يكرهون هذا ، وذلك لان ما فى العكوم يختلف فيكون فى بعضها أكثر من بعض ، فلا يعلم ما فى بعضها بكيل البعض ، والجوز يختلف

عدده فيكون فى أحد المكتلين أكثر من الآخر ، فلا يصح تقديره بالكيل ، كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل

« مسألة » قال (وإذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز)

وجملة ذلك أنه إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح ، وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يصح فى قفيز واحد ، ويبطل فيما سواه لأن جملة الثمن مجهولة ، فلم يصح كبيع المبتاع برقمه .

ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتلعق بالمتعاقدين ، وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزانها ، فيعلم مبلغه فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهما درهم فإنه لا يعلم فى الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح كالأصل المذكور ، وقد روى عن علي رضي الله عنه « أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة وجاء النبي صلى الله عليه وسلم بالتمر » .

فصـــل

ولو قال : بعتك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال : عشرة أقفزة ، وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح ، وحكى عن داود : أنه لا يصح لأنه غير مشاهد ولا موصوف .

ولنا أن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها ، أشـــبه إذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح فإنه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع لأنه بعضها .

(فصل) وإن قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لأن « من » للتبعيض « وكل » للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا ، ويحتمل أن يصح البيع ، كما يصح فى الاجارة كل دلو بتمرة ، وكل شهر بدرهم ، وإن قال : بعتك هذه الصبرة الأخرى بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لأنه لا يدرى أيزيده أم ينقصه ، ولو قال : على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لأن القفيز مجهول ،

ولو قال : أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الأخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح ، لأن معناه بعتك هذه وقفيزاً من هذه الأخرى بعشرة دراهم ، وإن قال : على أن أنقصك قفيزاً لم يصح ، لان معناه . بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول .

ولو قال . بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لإفضائه إلى جهالة الثمن فى التفصيل لانه يصير قفيزاً وشيئاً بدرهم والشيء لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما فى الصبرة من القفزان . ولو قصد : أنى أحط ثمن قفيز من الصبرة لا أحتسب به لم يصح للجهالة التى ذكرناها ، وإن كانت الصبرة معلوما قدر قفزانها لهما ، أو قال : هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح ، لان معناه بعتك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم ، وإن لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح ، وإن أراد أنى لا أحسب عليك بثمن قفيز منها صح أيضا لانهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن . ولو قال : على أن أنقصك قفيزاً صح ، لان معناه بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم وكل قفيز بدرهم وتسع ، وحكى عن أبى بكر : أنه يصح فى جميع المسائل ، على قياس قول أحمد ، لأنه يجيز الشرط الواحد ، ولا يصح هذا لأن المبيع مجهول فلا يصح بيعه ، بخلاف الشرط الذى يفضى إلى جهالة .

(فصل) ولو باع ما لا تتساوى أجزاؤه كالارض والثوب والقطيع من الغنم ففيه نحو من مسائل الصبر . وإن قال : بعتك هذه الارض ، أو هذه الدار ، أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف صح إذا كان مشاهدا أو قال : بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح أيضا ، فإن قال : بعتكه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وإن لم يعلما قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا فى الصبرة ، وإن قال : بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لم يصح لأنه مجهول ، وإن باعه شاة من القطيع لم يصح لان شياه القطيع غير متساوية القيم فيفضى ذلك إلى التنازع بخلاف القفيز من الصبرة فإنه يصح لان أجزاءها متساوية وإن باعه ذراعا من الدار أو عشرة أذرع منها ، يريدان بذلك قدراً غير مشاع لم يصح

كذلك ، وان أرادا مشاعا منها وهما يعلمان عدد ذرعانها صح ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ، لا يصح لان الذراع عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول .

ولنا أن عشرة من مائة عشرها ، ولو قال : بعتك عشرها صح فكذلك إذا قال : بعتك عشرة من مائة ، وما ذكروه غير مسلم ، بل هو عبارة عن قدر ، كما أن المكيال عبارة عن قدر فإذا أضافه الى جملة كان ذلك جزءاً منها وان اتفقا على أنهما أرادا قدرا منها غير مشاع لم يصح البيع ، وان كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لان الجملة غير معلومة وأجزاء الارض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة ، وان قال : بعتك من الدار من ههنا الى ههنا جاز لأنه معلوم وان قال ، عشرة أذرع ابتداؤها من ههنا الى ههنا الى حيث ينتهى الذرع لم يصح لان الذرع يختلف ، والموضع الذى ينتهى اليه لا يعلم حال العقد ، ولو قال : بعتك نصيبى من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه منها أو قال : نصيبا منها أو سهما لم يصح لأنه مجهول وان علما ذلك صح ، وان قال : بعتك نصف دارى مما يلى دارك لم يصح نص عليه لانه لا يدرى الى أين ينتهى فيكون مجهولا .

(فصل) ولو باعه عبدا من عبدين أو أكثر لم يصح ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : اذا باعه عبدا من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه ، وان كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الغرر .

ولنا أن ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعا ، كالاربعة ، وما لا يصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه كالاربعة ، ولا حاجة الى هذا فإن الاختيار يمكن قبل العقد ، ثم ما قالوه يبطل بالاربعة .

(فصل) وحكم الثوب حكم الارض الا أنه اذا قال ، بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع الى هذا الموضع صح ، فإن كان مما لا ينقصه القطع قطعاه ، وان كان مما ينقصه القطع ، وشرط البائع أن يقطعه له أو رضى بقطعه هو والمشترى جاز ، وان تشاحا فى ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان فى الارض ، وقال القاضى ، لا يصح لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر ، فأشبه ما لو باعه نصفاً معينا من الحيوان .

ولنا أن التسليم ممكن ولحوق الضرر لا يمنع التسليم اذا رضيه البائع كما لو باعه

نصفا من الحيوان مشاعا ، وفارق نصف الحيوان المعين فانه لا يمكنه تسليمه مفردا ، إلا باتلافه وإخراجه عن المالية .

(فصل) إذا قال : بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ففيه روايتان :

إحداهما : البيع باطل ، لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ، وإنما باع عشرة ، ولا المشترى على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر فى الشركة أيضا .

والثانية : البيع صحيح والزيادة للبائع ، لأن ذلك نقص على المشترى ، فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم العشرة ، فان رضى بتسليم الجميع فلا خيار للمشترى ، لأنه زاده خيراً ، وإن أبى تسليمه زائداً فللمشترى الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد ، فان رضى بالأخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ ؟ على وجهين :

أحدهما : له الفسخ لأن عليه ضررا فى المشاركة .

والثانى : لا خيار له ، لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن ، فاذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ، ولأن هذا الضرر حصل بتغريره وإخباره بخلاف غيره ، فلا ينبغى أن يتسلط به على فسخ عقد المشترى فان بذلها البائع المشترى بثمن أو طلبها المشترى بثمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضى منهما ، فلا يجبر واحد منهما عليها ، وإن تراضيا على ذلك جاز ، فان بان تسعة ففيه روايتان :

إحداهما : يبطل البيع لما تقدم .

والثانية : البيع صحيح والمشترى بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثمن ، وقال أصحاب الشافعى : ليس له إمساكه إلا بكل الثمن أو الفسخ . بناء على قولهم : إن المعيب ليس لمشتريه الا الفسخ أو امساكه بكل الثمن .

ولنا أنه وجد المبيع ناقصا فى القدر فكان له امساكه بقسطه من الثمن كالصبرة اذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين ، وسنبين أن المعيب له امساكه وأخذ أرشه

فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لأنه انما رضى ببيعها بهذا الثمن كله ، واذا لم يصل اليه كان له الفسخ ، فان بذل له المشترى جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذى رضيه ، فأشبه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن .

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا ، لانه لا ضرر فى الزيادة ، وان بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل فى الصبرة لا يكون قبضها الا بالكيل ، فاذا كالها فوجدها قدر حقه أخذها ، وان كانت زائدة رد الزيادة ، وان كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن ، وهل له الفسخ اذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين :

أحدهما . له الخيار وهو مذهب الشافعى ، لانه وجد المبيع ناقصا ، فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة .

الثانى . لا خيار له لان نقصان القدر ليس بعيب فى الباقى من الكيل بخلاف غيره .

(فصل) اذا باع الادهان فى ظروفها جملة ، وقد شاهدها جاز ، لان أجزاءها لا تختلف ، فهو كالصبرة وكذلك الحكم فى العسل والدبس والخل وسائر المائعات التى لا تختلف ، وان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منها أو أرطالا معلومة يعلم أن فيها أكثر منها ، أو باعه جزءاً مشاعا أو أجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمن معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح ، لانه قد علم المبيع والثمن ، فان لم يعلما ذلك جاز أيضا ، لانه قد رضى أن يشترى الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك ، فأشبه ما لو اشترى ظرفين فى أحدهما سمن وفى الآخر زيت كل رطل بدرهم .
وقال القاضى . لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر ، والاول أصح ، لان بيع كل واحد منهما منفرداً يصح لذلك ، فكذلك اذا جمعهما كالارض المختلفة الاجزاء والثياب وغيرها ، وأما ان باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه ، ولا يكون مبيعا وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح ،

لأنه إذا علم أن الدهن عشرة والظرف رطلا كان معناه : بعتك عشرة أرطال باثنى عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح ، لأنه يؤدى الى جهالة الثمن فى الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعا أو زنة أحدهما لذلك .

(فصل) وان وجد فى ظرف السمن ربا فقال ابن المنذر : قال أحمد وإسحاق إن كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمنا ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن ، وألزمه شريح بقدر الرب سمنا بكل حال ، وقال الثورى : إن شاء أخذ الذى وجده ، ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمنا .

ولنا أنه وجد المبيع المكيل ناقصا ، فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة ، وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا ههنا ، فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السمن بقسطه من الثمن ، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا ، سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن فان تراضيا على إعطائه سمنا جاز ، والله أعلم .

﴿ باب المصراة وغير ذلك ﴾

التصرية : جمع اللبن فى التضرع ، يقال : صرى الشاة وصرى اللبن فى ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ، ويقال : صرى الماء فى الحوض ، وصرى الطعام فى فيه ، وصرى الماء فى ظهره اذا ترك الجماع وأنشد أبو عبيدة :

رأيت غلاما قد صرى فى فقرته ماء الشباب عنفوان شرته

وماء صرى وصر اذا طال استنقاعه ، وقال البخارى : أصل التصرية حبس الماء ، يقال . صريت الماء ، ويقال للمصراة : المحفلة ، وهو من الجمع أيضا ، ومنه سميت مجامع الناس محافل .

والتصرية حرام اذا أراد بذلك التدليس على المشترى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا تصروا » وقوله « من غشنا فليس منا » وروى ابن ماجه فى سننه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « بيع المحفلات خلابة . ولا تحل الخلابة لمسلم » رواه ابن عبد البر ولا يحل خلابة لمسلم .

« مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى مصراة وهو لا يعلم ، فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردها وصاعا من تمر ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

الأول : أن من اشترى مصراة من بهيمة الأنعام لم يعلم تصريتها ثم علم ، فله الخيار فى الرد والامساك ؛ روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ؛ وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له ، لأن ذلك ليس بعيب ، بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، كما لو علفها ، فانتفخ بطنها فظن المشترى أنها حامل

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها وصاعا من تمر » متفق عليه ، وروى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ان ردها رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحا » رواه أبو داود ؛ ولأن هذا تدلس بما يختلف الثمن باختلافه ، فوجب به الرد كما لو كانت شمطاء فسود شعرها وقياسهم يبطل بتسويد الشعر ، فإن بياضه ليس بعيب كالكبر ، وإذا دلسه ثبت له الخيار ؛ وأما انتفاخ البطن فقد يكون من الاكل والشرب فلا معنى لحمله على الحمل ، وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى .

إذا تقرر هذا : فإنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشترى عالما بالتصرية فإن كان عالما لم يثبت له الخيار ، وقال أصحاب الشافعى : يثبت له الخيار فى وجه للخبر ؛ ولان انقطاع اللبن لم يوجد ، وقد يبقى على حاله ، فلم يجعل ذلك رضى ، كما لو تزوجت عنينا ثم طلبت الفسخ .

ولنا أنه اشتراها عالما بالتدليس فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى من سود شعرها عالما بذلك ، ولانه دخل على بصيرة ، فلم يثبت له الرد ، كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه ، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم ، والاصل الذى قاسوا

عليه ممنوع ، ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة واستمر على كثرته لم يكن له الرد ، وقال أصحاب الشافعى : له الرد فى أحد الوجهين للخبر ، ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد ، فأثبت الرد كما لو نقص اللبن .

ولنا أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ولم يوجد ، فامتنع الرد ، ولأن العيب لم يوجد ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد ، فلم يثبت التدليس ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر .

(الفصل الثانى) أنه إذا رد لزمه رد بدل اللبن ، وهذا قول كل من جوز ردها وهو مقدر فى الشرع بصاع من تمر ، كما فى الحديث الصحيح الذى أوردناه ، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعى وأبى عبيد وأبى ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد ، لأن فى بعض الحديث « ورد معها صاعا من طعام » وفى بعضها « ورد معها مثل أو مثلى لبنها قمحا » فجمع بين الأحاديث ، وجعل تنصيصه على التمر لأنه غالب قوت البلد فى المدينة ، ونص على القمح ، لأنه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف : يرد قيمة اللبن لأنه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات ، وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى وحكى عن زفر أنه يرد صاعا من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم فى الفطرة والكفارة .

ولنا الحديث الصحيح الذى أوردناه ، وهو المعتمد عليه فى هذه المسألة ، وقد نص فيه على التمر فقال « إن شاء ردها وصاعا من تمر » وفى لفظ للبخارى « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر » وفى لفظ لمسلم رواه ابن سيرين عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « ورد صاعا من تمر لا سمراء » وفى لفظ له « طعاما لا سمراء » يعنى لا يرد قمحا والمراد بالطعام هاهنا التمر ، لانه مطلق فى أحد الحديثين مقيد فى الآخر فى قضية واحدة ، والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد ، وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق ، إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلى لبنها قمحا ، ثم قد شك فيه الراوى وخالفته الأحاديث الصحاح ، فلا يعول عليه ، وقياس أبى يوسف مخالف للنص ، فلا يلتفت إليه ، ولا يبعد أن يقدر الشرع بدل هذا المتلف قطعا للخصومة

ودفعا للتنازع ، كما قدر بدل الآدمى ودية أطرافه ، ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن القيمة هي الاثمان لا التمر .

الثاني : أنه أوجب في المصراة من الابل والغنم جميعا صاعا من تمر مع اختلاف لبنها .

الثالث : أن لفظه للعموم ، فيتناول كل مصراة ، ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعا ، وان أمكن أن يكون كذلك فيتعين إيجاب الصاع ، لأنه القيمة التي عين الشارع إيجابها ، فلا يجوز أن يعدل عنها ، وإذ قد ثبت هذا ، فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جيداً غير معيب : لانه واجب بإطلاق الشارع ، فينصرف الى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ، ولا يجب أن يكون من الاجود ، بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسم الجيد ، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة أو أقل أو أكثر ؛ نص عليه أحمد ، وليس هذا جمعا بين البدل والمبدل ، لأن التمر بدل اللبن قدره الشرع به ، كما قدر في يدى العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك سيده ، وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد ، لأنه بمثابة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها .

(فصل)

وان علم بالتصرية قبل حلبها ، مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته ، فله ردها ولا شيء معها ، لأن التمر انما وجب بدلا للبن المحتلب ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها لبنا ههنا ، فلم يلزمه رد شيء معها ، وهذا قول مالك . قال ابن عبد البر : هذا مالا خلاف فيه ، وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها رد لبنها ولا يلزمه أيضا شيء ، لأن المبيع اذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله ، فإن أبى البائع قبوله وطلب التمر لم يكن له ذلك اذا كان بحاله لم يتغير . وقيل : لا يلزمه قبوله لظاهر الخبر . ولأنه قد نقص بالحلب وكونه في الضرع أحفظ له .

ولنا أنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البدل ، كسائر المبـــدلات مع إبدالها ، والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « فى حلبتها صاع من تمر ، ولما ذكرنا من المعنى .

وقولهم : إن الضرع أحفظ له لا يصح ، لأنه لا يمكن إبقاؤه فى الضرع على الدوام وبقاؤه يضر بالحيوان ، وإن كان اللبن قد تغير ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قبوله ، وهذا قول مالك للخبر ، ولأنه قد نقص بالحموضة أشبه ما لو أتلفه .

والثانى يلزمه قبوله لأن النقص حصل باستعلام المبيع وبتغرير البائع وتسليطه على حلبه ، فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

(فصل) وإذا رضى بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيبا آخر ردها به ، لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر كما لو اشترى أعرج فرضى بعيبه ثم أصاب به برصا ، وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لأنه قد جعل عوضا له فيما إذا ردها بالتصرية فيكون عوضا له مطلقا

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيبا فله الرد ، ثم إن لم يكن فى ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه ، لأن ما حدث من اللبن بعد العقد يحدث على ملك المشترى ، وإن كان فيه لبن حال العقد إلا أنه شيء لا يخلو الضرع من مثله فى العادة فلا شيء فيه لأن مثل هذا لا عبرة به ولا قيمة له فى العادة فهو تابع لما حدث ، وإن كان كثيراً وكان قائما بحاله فهل له رده ؟ يبنى على رد لبن التصرية وقد سبق

فإن قلنا ليس له رده كان بقاؤه كتلفه ، وهل له أن يرد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما اذا اشترى شيئا فتلف منه جزءاً أو تعيب ، والأشهر فى المذهب أنه يرده فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن لأنه من ذوات الامثال ، والاصل ضمان ما كان من المثليات بمثله ، إلا أنه خولف فى لبن التصرية بالنص ، ففيما عداه يبقى على الاصل ، ولاصحاب الشافعى فى هذا الفصل نحو مما ذكرنا

(الفصل الثالث فى الخيار) اختلف أصحابنا فى مدته ، فقال القاضى هو مقدر

بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيها ولا إمساكها بعدها ، فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد . قال وهو ظاهر كلام أحمد ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم . قالوا فهذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فإنها لا تعرف قبل مضيها ، لأنها فى اليوم الأول لبنها لبن التصرية ، وفى الثانى يجوز أن يكون لبنها نقص لتغير المكان واختلاف العلف . وكذلك فى الثالث ، فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها

وقال أبو الخطاب . عندى متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها لأنه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به إذا تبينه كسائر التدليس . وهذا قول بعض المدنيين ، فعلى هذا يكون فائدة التقدير فى الخبر بالثلاثة ، لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فإن حصل العلم بها أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها كما فى سائر التدليس . وظاهر قول ابن أبى موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار فى الايام الثلاثة الى تمامها . وهذا قول ابن المنذر وأبى حامد من أصحاب الشافعى . وحكاه عن الشافعى نصا لظاهر حديث رسول الله (ص) فإنه يقتضى ثبوت الخيار فى الايام الثلاثة كلها ، وعلى قول القاضى لا يثبت الخيار فى شيء منها وانما يثبت عقبها . وقول أبى الخطاب يسوى بين الايام الثلاثة وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قال أبو الخطاب ، لان الحكم كذلك فى العيوب وسائر التدليس

« مسألة » قال (وسواء كان المشترى ناقة أو بقرة أو شاة »

جمهور أهل العلم على أنه لا فرق فى التصرية بين الشاة والناقة والبقرة ، وشذ داود فقال : لا يثبت الخيار بتصرية البقرة ، لان الحديث « لا تصروا الإبل والغنم» فدل على أن ماعداهما بخلافهما ، ولان الحكم ثبت فيهما بالنص ، والقياس لا تثبت به الاحكام

ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وفى حديث ابن

غمر « من ابتاع محفلة » ولم يفصل ، ولأنه تصرية بلبن من بهيمة الأنعـام ؛ أشبه الإبل والغنم ؛ والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر ، لأن لبنها أغزر وأكثر نفعا . وقولهم : إن الاحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ، ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع .

(فصــــل)

إذا اشترى مصراتين أو أكثر فى عقد واحد فردهن رد مع كل مصراة صاعا ، وبهذا قال الشـافعى وبعض أصحاب مالك : وقال بعضهم : فى الجميع صاع واحد ؛ لأن رسول الله (ص) قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر »

ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة - و - من اشترى محفلة » وهذا يتناول الواحـدة ، ولان ما جعل عوضا عن الشىء فى صفقتين وجب إذا كان فى صفقة واحدة كأرش العيب . وأما الحديث فإن الضمير يعود الى الواحدة

(فصــل) فإن اشترى مصراة من غير بهيمة الانعام كالامة والاتان والفرس ففيه وجهـان :

أحدهما يثبت له الخيار ، اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعى لعموم قوله « من اشترى مصـراة ومن اشترى محفلة » ولانه تصرية بما يختلف الثمن به فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام ، وذلك أن لبن الآدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظئرا ويحسن ثديها ، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها ، فبان بخلافه ملك الفسـخ ولو لم يكن مقصوداً لمـا ثبت باشـتراطه ولا ملك الفسـخ بعدمه ، ولأن الأتان والفرس يرادان لولدهما .

والثانى لا يثبت به الخيار ، لأن لبنها لا يعتاض عنه فى العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الانعام ، والخبر ورد فى بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه ، لان قصد لبن بهيمة الانعام أكثر واللفظ العام أريد به الخاص ، بدليل أنه أمر فى ردها بصاع من تمر ، ولا يجب فى لبن غيرها ؛ ولأنه ورد عاما وخاصا فى قضية واحدة فيحمل العام على الخاص، ويكون المراد بالعام فى أحد الحديثين الخاص فى الحديث

الآخر ، وعلى الوجه الاول إذا ردها لم يلزم بدل لبنها ولا يرد معها شيئا ، لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه

(فصل) وكل تدليس يختلف الثمن لأجله ، مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر وجهها أو يضمر الماء على الرحا ويرسله عند عرضها على المشترى يثبت الخيار ، لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية . وبهذا قال الشافعي ، ووافق أبو حنيفة فى تسويد الشعر ، وقال فى تجعيده : لا يثبت به الخيار لأنه تدليس بما ليس بعيب ، أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتبا أو حداداً . ولنا أنه تدليس بما يختلف به الثمن أشبه تسويد الشعر ، وأما تسويد الانامل فليس بمختص بكونه كاتبا ، لانه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة ، أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتبا طمع لا يستحق به فسخا ، فإن حصل هذا من غير تدليس ، مثل أن اجتمع اللبن فى الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية لخجل أو تعب أو تسود شعرها بشيء وقع عليه . فقال القاضى : له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشترى والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد فأشبه العيب ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحمرة وجهها بخجل أو تعب ، لانه يحتمل ذلك فيتعين ظنه من خلقته الاصلية طمعا ، فأشبه سواد أنامل العبد

(فصل) فإن علف الشاة فملأ خواصرها وظن المشترى أنها حامل ، أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوهم أنه كاتب أو حداد ، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لأن هذا لا يتعين للجهة التى ظنها ، فإن امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرهما ، وسواد أنامل العبد قد يكون لولع بالدواة أو لكونه شارعا فى الكتابة ، أو غلاما لكاتب فحمله على أنه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً .

(فصل) واذا أراد امساك المدلس وأخذ الارش لم يكن له أرش ، لان النبى (ص) لم يجعل له فى المصراة أرشا ، وانما خيره فى شيئين قال « ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر » ولان المدلس ليس بعيب فلم يستحق من أجله عوضا ، وان تعذر عليه الرد بتلف فعليه الثمن لانه تعذر عليه الرد فيما لا أرش له فأشبه غير المدلس ، وان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش

العيب عنده وأخذ الثمن، وإن شاء أمسك ولا شيء له، وان علم التدليس فتصرف في المبيع بطل رده كما لو تصرف فى المبيع المعيب، وان أخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخر رد المعيب على ما سنذكره ان شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ﴿ واذا اشترى أمة ثيبا فأصابها ، أو استغلها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يردها ويأخذ الثمن كاملا . لان الخراج بالضمان ، والوطء كالخدمة ، وبين أن يأخذ مابين الصحة والعيب ﴾

فى هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أن من علم بسلعته عيبا لم يجز بيعها حتى يبينه للمشترى . فإن لم يبينه فهو آثم عاص . نص عليه أحمد . لما روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «البيعان بالخيار مالم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما . وان كذبا وكتما محق بركة بيعهما » متفق عليه . وقال عليه السلام « المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا الا بينه له » وقال « من باع عيبا لم يبينه لم يزل فى مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه » رواهما ابن ماجه . وروى الترمذى : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من غشنا فليس منا » وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والعمل عليه عند أهل العلم ، كرهوا الغش وقالوا : هو حرام . فان باعه ولم يبينه فالبيع صحيح فى قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى . وحكى عن أبى بكر عبد العزيز : أن البيع باطل . لانه منهى عنه والنهى يقتضى الفساد .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن التصرية » وصحح البيع ، وقد روى عن أبى بكر أنه قيل له ، ماتقول فى المصراة ؟ فلم يذكر جوابا .

الفصل الثانى : أنه متى علم بالبيع عيبا لم يكن عالما به . فله الخيار بين الامساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم . لا نعلم بين أهل العلم فى هذا خلافا . واثبات النبي صلى الله وسلم الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب . ولان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب . بدليل ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه اشترى مملوكا فكتب : هذا ما اشترى محمد بن عبد الله

من العداء بن خالد ، اشترى منه عبداً أو أمة لا داء به ولا غائلة ، بيع المسلم المسلم » فثبت أن بيع المسلم اقتضى السلامة ولأن الأصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر ، فعند الاطلاق يحمل عليها ، فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملا :

فصل خيار الرد بالعيب على التراخى فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ذكره أبو الخطاب ، وذكر القاضى شيئاً يدل على أن فيه روايتين .

إحداهما . هو على التراخى ، والثانية : هو على الفور ، وهو مذهب الشافعى فمتى علم العيب فأخر رده مع إمكانه بطل خياره لأنه يدل على الرضا به فأسقط خياره كالتصرف فيه .

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخى كالقصاص ولا نسلم دلالة الامساك على الرضا به .

الفصل الثالث : أنه لا يخلو المبيع من أن يكون بحاله فإنه يرده ويأخذ رأس ماله أو يكون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان :

أحدهما : أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر والتعلم والحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير ، فإنه يردها بنمائها لأنه يتبع فى العقود والفسوخ .

القسم الثانى : أن تكون الزيادة منفصلة وهى نوعان .

أحدهما : أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب ، وهو معنى قوله « أو استغلها » يعنى أخذ غلتها ، وهى منافعها الحاصله من جهتها كالخدمة والأجرة والكسب ، وكذلك ما يوهب أو يوصى له به ، فكل ذلك للمشترى فى مقابلة ضمانه لأن العبد لو هلك هلك من مال المشترى وهو معنى قوله عليه السلام « الخراج بالضمان » ولا نعلم فى هذا خلافا ، وقد روى ابن ماجه عن هشام بن عمار عن مسلم ابن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها « أن رجلا اشترى عبداً ، فاستغله ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً فرده ، فقال : يارسول الله إنه استغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » رواه أبو داود والشافعى ، ورواه سعيد فى سننه عن مسلم بهذا الاسناد ، وقال فيه « الغلة بالضمان »

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

والنوع الثانى . أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن ، فهى للمشترى أيضاً ويرد الأصل دونها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : إن كان النماء ثمرة لم يردها ، وإن كان ولداً رده معها لأن الرد حكم فسرى الى ولدها كالكتابة ، وقال أبو حنيفة . النماء الحادث فى يد المشترى يمنع الرد لأنه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجبه فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه ولا يمكن رده معه لانه لم يتناوله العقد .

ولنا أنه حادث فى ملك المشترى فلم يمنع الرد ، كما لو كان فى يد البائع وكالكسب ، ولانه نماء منفصل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك ، وقولهم ، ان النماء موجب العقد غير صحيح انما موجبه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد الى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح ، لان الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ، ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما ، فإنه لا يسرى الى الولد بوجوده فى الام وان كان قد نقص ، فهذا نذكر حكمه ان شاء الله تعالى .

الفصل الرابع . ان كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشترى قبل علمه بالعيب فله ردها وليس معها شىء ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور وعثمان البتى ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال الزهرى والثورى وأبو حنيفة واسحاق ، لان الوطء يجرى مجرى الجناية لانه لا يخلو فى ملك الغير من عقوبة أو مال ، فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكراً ، وقال شريح والشعبى والنخعى وسعيد بن المسيب وابن أبى ليلى يردها ومعها أرش ، واختلفوا فيه ، فقال شريح والنخعى ، نصف عشر ثمنها ، وقال الشعبى حكومة ، وقال ابن المسيب . عشرة دنانير ، وقال ابن أبى ليلى ، مهر مثلها ، وحكى نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وذكره ابن أبى موسى رواية عن أحمد ، لانه إذا فسخ صار واطئا فى ملك الغير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله .

ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلا يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج وما قالوه يبطل بوطء الزوج ، ووطء البكر ينقص ثمنها ، وقولهم : يكون واطئاً فى ملك الغير ، ليس بصحيح ، لأن الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله بدليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون وطؤه فى ملكه .

(فصـــل)

ولو اشترى مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه فإن زوجها المشترى فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فإن كان ذلك النكاح باقياً فهو عيب حادث ، وإن كان قد زال فحكمه حكم وطء السيد ، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد ، وهو محمول على الرواية الأخرى ، اذ لا فرق بين هذا وبين وطء السيد ، وان زنت فى يد المشترى ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث ، حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لأنه لزمها حكم الزنا فى يد المشترى .

الفصل الخامس : أنه اذا اختار المشترى امساك المعيب وأخذ الأرش فله ذلك ، وهذا قول اسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعى : ليس له الا الامساك أو الرد وليس له أرش الا أن يتعذر رد المبيع ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشترى المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش أو الرد ، ولأنه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالذى له الخيار .

ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الأرش كما لو تعيب عنده ، ولأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فأما المصراة فليس فيها عيب ، وانما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ، ولذلك لا يستحق أرشا اذا امتنع الرد عليه .

اذا ثبت هذا : فمعنى أرش العيب أن يقوَّم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن فنسبته الى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة ، مثاله أن يقوم المعيب صحيحا بعشرة ومعيبا بتسعة والثمن خمسة عشرة فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف ، وعلة ذلك : أن المبيع

مضمون على المشترى بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن أيضاً . ولاننا لو ضمناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشترى فيما اذا اشترى شيئا بنصف قيمته فوجد به عيبا ينقصه نصف قيمته ، مثل أن يشتريه بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيبا ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه وهذا معنى قول الخرقى ، أو يأخذ ما بين الصحة والعيب ، وقد نص أحمد على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصرى فقال : يرجع بقيمة العيب فى الثمن يوم اشتراه قال أحمد : هذا أحسن ما سمعت .

« مسألة » قال ﴿ وان كانت بكراً فأراد ردها كان عليه ما نقصها ﴾

يعنى الامة البكر اذا وطئها المشترى ثم ظهر على عيب فردها كان عليه أن يرد معها أرش النقص ، وعن أحمد فى جواز ردها روايتان :

احداهما : لا يردها ويأخذ أرش العيب وبه قال ابن سيرين والزهرى والثورى والشافعى وأبو حنيفة واسحاق ، قال ابن أبى موسى : وهو الصحيح عن أحمد .

والرواية الثانية : يردها ويرد معها شيئا وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعى والشعبى ومالك وابن أبى ليلى وأبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكراً عشرة وثيبا ثمانية رد دينارين ، لانه بفسخ العقد يصير مضمونا عليه بقيمته ، بخلاف أرش العيب الذى يأخذه المشترى ، وهذا قول مالك وأبى ثور ، وقال شريح والنخعى : يرد عشر ثمنها ، وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير ، وما قلناه أولى ان شاء الله تعالى ، واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عينها وقيمتها فلم يملك ردها كما لو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته .

ولنا أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام ، فأثبت الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

(فصل) وكل مبيع كان معيبا ثم حدث به عند المشترى عيب آخر قبل علمه بالاول ، فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان :

احداهما : ليس له الرد ، وله أرش العيب القديم وبه قال الثورى وابن شبرمة والشافعى وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن ابن سيرين والزهرى والشعبى ، لان الرد

ثبت لإزالة الضرر وفى الرد على البائع اضرار به ، ولا يزال الضرر بالضرر .

والثانية : له الرد ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن ، وان شاء أمسكه وله الارش ، وبهذا قال مالك واسحاق ، وقال النخعى وحماد بن أبى سليمان يرده ونقصان العيب ، وقال الحكم . يرده لم يذكر معه شيئا .

ولنا حديث المصراة فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها ، واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضى الله عنه « قضى فى الثوب اذا كان به عوار برده وان كان قد لبسه » ولانه عيب حدث عند المشترى ، فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه ، وبين أخذ أرش العيب القديم كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع ولان العيبين قد استويا والبائع قد دلس به والمشترى لم يدلس . فكان رعاية جانبه أولى ، ولان الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثانى فلا يزول الا بدليل ، وليس فى المسألة اجماع ولا نص ، والقياس انما يكون على أصل و ليس لما ذكروه أصل فيبقى الجواز بحاله .

اذا ثبت هذا فانه يرد أرش العيب الحادث عنده ، لان المبيع بجملته مضمون عليه ، فكذلك أجزاؤه ، وان زال العيب الحادث عند المشترى رده ولا أرش معه على كلتا الروايتين ، وبه قال الشافعى ، لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضى للرد فثبت حكمه ، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيبا فالحمل عيب فى الآدميات دون غيرهن ، لانه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فإن ولدت فالولد للمشترى ، وان نقصتها الولادة فذلك عيب أيضا ، وان لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها ، لانه زال العيب ، وان كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها ، لان ذلك تفريق بينهما وهو محرم ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب فى مسائلهما ، له الفسخ فيها دون ولدها ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعى ، ولانه موضع حاجة ، فأشبه ما لو ولدت حراً فانه يجوز بيعها دون ولدها .

ولنا عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » ولانه أمكن دفع الضرر بأخذ الارش أو برد ولدها معها ، فلم يجز ارتكاب منهى الشرع بالتفريق بينهما ، كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها .

وقولهم : إن الحاجة داعية إليه . قلنا : قد اندفعت الحاجة بأخذ الأرش ، أما إذا ولدت حراً فلا سبيل إلى بيعه معها بحال ، ولو كان المبيع حيوانا غير الآدمى فحدث به حمل عند المشترى لم يمنع الرد بالعيب ، لأنه زيادة ، وان علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة ، فله امساك الولد ورد الام ، لان التفريق بينهما جائز ولا فرق بين حملها قبل القبض أو بعده ، ولو اشتراهـا حاملا فولدت عنده ثم اطلع على العيب فردها رد الولد معها ، لأنه من جملة المبيع والزيادة فيه نماء متصل بالمبيع فأشبه ما لو سمنت الشاة ، فإن تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده . فإن قلنا له الرد فعليه قيمته ان اختار رد الام ، وعن أحمد : أنه لاقيمة عليه للولد ، وحمله القاضى على أن البائع دلس العيب ؛ وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث ، حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له وهذا أحد القولين للشافعى ، فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشترى ، فلا يلزمه رده ان كان باقيا ولاقيمته ان كان تالفا والاول هو الصحيح ، وعليه العمل ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان المبيع كاتبا أو صانعا فنسى ذلك عند المشترى ثم وجد به عيبا ، فذلك عيب حادث عند المشترى ، حكمه حكم غيره من العيوب ، وعن أحمد يرده ولا يرد معه شيئا وعلله القاضى بأنه ليس بنقص فى العين ، ويمكن عوده بالتذكر ، وقال : وعلى هذا لو كان سمينا فهزل ، والقياس ما ذكرناه ، فإن الصياغة والكتابة متقومة تضمن فى الغصب وتلزم بشرطها فى البيع ، فأشبهت الاعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل ؛ وامكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل ولعل ما روى عن أحمد أراد به اذا دلس البائع العيب .

(فصـــل) واذا تعيب المبيع فى يد البائع بعد العقد فإن كان المبيع من ضمانه فحكمه حكم العيب القديم ، وان كان من ضمان المشترى فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض ، فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشترى ، ولا يثبت به خيار وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : عهدة الرقيق ثلاثة أيام ، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع الا فى الجنون والجذام والبرص ، فان ظهر الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة «أن النبي (ص) جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام » وأنه اجماع أهل المدينة ، ولان الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر .

ولنا أنه ظهر فى يد المشترى ويجوز أن يكون حادثا ، فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع أو ما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت ، قال الامام أحمد : ليس فيه حديث صحيح ؛ وقال ابن المنذر : لا يثبت فى العهدة حديث صحيح ، والحسن لم يلق عقبة ، واجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لاعبرة به ، وانما النقص بما ظهر لا بما كمن .

« مسألة » قال ﴿ الا أن يكون البائع دلس العيب ، فيلزمه رد الثمن كاملا ، وكذلك سائر المبيع ﴾

معنى دلس العيب : أى كتمه عن المشترى مع علمه به ؛ أو غطاه عنه بما يوهم المشترى عدمه ، مشتق من الدلسة ، وهى الظلمة ، فكأن البائع يستر العيب وكتمانه جعله فى ظلمه نخفى عن المشترى فلم يره ، ولم يعلم به ، وسواء فى هذا ما علم به فكتمه وما ستره فكلاهما تدليس حرام على ما بيناه ، فاذا فعله البائع فلم يعلم به المشترى حتى تعيب المبيع فى يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملا : ولا أرش عليه ، سواء كان الحادث بفعل المشترى ، كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمى آخر ، مثل أن يجنى عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والاباق ، أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه ، سواء كان ناقصا للمبيع أو مذهبا لجميعه .

قال أحمد فى رجل اشترى عبداً فأبق من يده وأقام البينة أن اباقه كان موجوداً فى يد البائع : يرجع به على البائع بجميع الثمن الذى أخذه منه ، لأنه غر المشترى ويتبع البائع عبده حيث كان ، وهذا يحكى عن الحكم ومالك ، لأنه غره فيرجع عليه كما لو غره بحرية أمة ، وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث فى يد المشترى مضمون عليه ، سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه ، فان التصرية تدليس ؛ ولم يسقط عن المشترى ضمان اللبن ، بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية ، وقال « بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم » .

وقول النبى صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له ، فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت

الا بنص أو إجماع أو قياس ولانعلم فى هذا نصاً ولا اجماعا ، والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصـــلا ، ولا يشبه هذا التغرير بحرية الأمة فى النكاح ، لأنه يرجع على من غره وان لم يكن سيد الأمة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء .

﴿ فصـــل ﴾

فى معرفة العيوب : وهى النقائص الموجبة لنقص المالية فى عادات التجار ، لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية ؛ فما يوجب نقصا فيها يكون عيباً ، والمرجع فى ذلك الى العادة فى عرف أهل هذا الشأن وهم التجار .

فالعيوب فى الخلقة كالجنون والجذام والبرص والعمى والعور والعرج والعفل والقرن والعتق والرتق والقرع والصمم والطرش والخرس وسائر المرض والأصبع الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة فى الأجفان والتخنيث وكونه خنثى والخصاء والتزوج فى الأمة والبخر فيها ، وهذا كله قول أبى حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه خلافا .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم فى الجارية تشترى ولها زوج : أنه عيب ، وكذلك الدين فى رقبة العبد إذا كان السيد معسرا ، والجناية الموجبة للقود ، لان الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع فى الجناية والبيع فى الدين ومستحقة للاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب فى العبد والأمة جميعا وبهذا قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة : ليس ذلك بعيب فى العبد ، لأنه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الامة .

ولنا : أن ذلك ينقص قيمته وماليته ، فإنه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته وحريمه والبخر يؤذى سيده ومن جالسه وخاطبه أو ساره ، وأما السرقة والاباق والبول فى الفراش فهى عيوب فى الكبير الذى جاوز العشر ، وقال أصحاب أبى حنيفة فى الذى يأكل وحده ويشرب وحده وقال الثورى وإسحاق : ليس بعيب فيه حتى يحتلم ، لأن الأحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحدود ببلوغه ، فكذلك هذا .

ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه فى تلك الحال يدل على أن البول لداء فى باطنه ، والسرقة والاباق لخبث فى طبعه ، وحد ذلك بالعشر لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها ، والتفريق بينهم فى المضاجع لبلوغها ، فأما من دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته ، وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر أو يسكر من النبيذ ، نص عليه أحمد ، لأنه يوجب عليه الحد فهو كالزنا وكذلك الحمق الشديد والاستطالة على الناس لأنه يحتاج الى التأديب ، وربما تتكرر فأفضى إلى تلفه ، ولا يكون عيباً الا فى الكبير دون الصغير ، لأنه منسوب الى فعله ، وعدم الختان ليس بعيب فى الصغير ، لأنه لم يفت وقته ولا فى الأمة الكبيرة : وبهذا قال الشافعى ، وقال أصحاب أبى حنيفة : هو عيب فيها ، لأنه زيادة ألم ، فأشبهت العبد .

ولنا أنه ليس بواجب فى حقها والألم فيه يسير لا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير ، فأما العبد الكبير ، فإن كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بعيب فيه ، لأن العادة أنهم لا يختتنون ، فصار ذلك معلوما عند المشترى فهو كدينهم ، وان كان مسلما مولداً فهو عيب فيه ، لانه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة .

فصل

والشيوبة ليست عيبا ، لان الغالب على الجوارى الشيوبة ، فالاطلاق لا يقتضى خلافها ، وكونها محرمة على المشترى بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس فى المحل ما يوجب خللا فى المالية ولا نقصا ، وإنما التحريم مختص به ، وكذلك الاحرام والصيام ، لانهما يزولان قريبا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . ولا نعلم لهما مخالفا ، وكذلك عدة البائن ، وأما عدة الرجعية فهى عيب ، لأن الرجعية زوجة ولا يؤمن ارتجاعه لها ؛ ومعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب ، وحكى عن مالك فى الجارية المغنيه : أن ذلك عيب فيها ، لان الغناء محرم .

ولنا أن هذا ليس ينقص فى عينها ولا قيمتها ، فلم يكن عيبا كالصناعة ، ولا نسلم أن الغناء محرم ، وان سلمناه فالمحرم استعماله لا معرفته ، والعسر ليس بعيب ، وكان شريح يرد به .

ولنا أنه ليس بنقص وعمله بإحدى يديه يقوم مقام عمله بالأخرى : والكفر ليس بعيب ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : هو عيب ، لأنه نقص بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٢١ ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم .

ولنا أن العبيد يكون فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر ، فالاطلاق لا يقتضى خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضى كون الكفر عيبا كما أن المتقى خير من غيره ، قال الله تعالى (٤٩ : ١٣ ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدم ذلك عيبا ، وكونه ولد زنا ليس بعيب ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : هو عيب فى الجارية ، لانها تراد للافتراش بخلاف العبد .

ولنا أن النسب فى الرقيق غـــير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفى النسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز أو نحو هذا ليس بعيب لان هذه حرفة فلم يكن فواتها عيبا كسائر الصنائع ، وكونها لا تحيض ليس بعيب وقال الشافعى : هو عيب إذا كان لكبر ، لان من لا تحيض لا تحمل .

ولنا أن الاطلاق لا يقتضى الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيبا كما لو كان لغير الكبر .

(فصل) وإذا اشترط المشترى فى المبيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيبا صح اشتراطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها ، مثل أن يشترط مسلما فيبين كافراً أو يشترط الامة بكراً أو جعدة أو طباخة أو ذات صنعة أو لبن أو أنها تحيض ، أو يشترط فى الدابة أنها هملاجة ؛ أو فى الفهد : أنه صيود ، وما أشبه هذا ، فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار فى الفسخ والرجوع بالثمن أو الرضا به ، ولا شىء له ، لا نعلم بينهم فى هذا خلافا . لانه شرط وصفا مرغوبا فيه فصار بالشرط مستحقا .

فأما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها ، مثل أن يشترطها سبطة فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة : فلا خيار له ، لأنه زاده خيرا ، وان شرطها كافرة فبانت مسلمة ، أو ثيبا فبانت بكرا ، فله الخيار ، لان فيه قصدا صحيحا ، وهو أن طالب الكافرة أكثر لصلاحيتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها

العبادات ، وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر ، أو ليبيعها لعاجز عن البكر ، فقد فات قصده . وقيل لاخيار له ، لأن هذين زيادة ، وهو قول الشافعى فى البكر واختيار القاضى . واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر ، وليس هذا ببعيد فإنه ممكن والاشتراط يدل عليه فيصير بالدليل قريبا ، وإن شرط الشاة لبونا صح ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لا يصح ، لأنه لا يجوز بيع اللبن فى الضرع فلم يجز شرطه .

ولنا أنه أمر مقصود يتحقق فى الحيوان ويأخذ قسطا من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة فى الأمة والهملجة فى الدابة ، وإنما لم يجز بيعه مفرداً للجهالة ، والجهالة تسقط فيما كان بيعا . وكذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعها معه . وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى فى التمر معه ، وإن لم يجز بيعهما مفردين ، وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدراً معلوماً لم يصح لتعذر الوفاء به ، لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه ، وان شرطها غزيرة اللبن صح ، لأنه يمكن الوفاء به ، وان شرطها حاملا صح . وقال القاضى: قياس المذهب أنه لا يصح لأن الحمل لا حكم له ، ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ربح

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها ، فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا ، وقد بينا فيما قبل أن للحمل حكما ، ولذلك حكم النبي صلى الله عليه وسلم فى الدية بأربعين خلفه فى بطونها أولادها ، ومنع أخذ الحوامل فى الزكاة ومنع وطء الحبالى المسبيات ، وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها وأرخص لها الفطر فى رمضان اذا خافت على ولدها ، ومنع من الاقتصاص منها واقامة الحد عليها من أجل حملها ، وظاهر الحديث المروى فى اللعان يدل على أنه لاعنها فى حال حملها فانتفى عنه ولدها وان شرط أنها تضع الولد فى وقت بعينه لم يصح وجهاواحداً ، لانه لا يمكن الوفاء به ، وان شرط أنها لا تحمل لم يصح الشرط لأنه لا يمكن الوفاء به . وقال مالك : لا يصح فى المرتفعات ويصح فى غيرهن

ولنا أنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وان شرطها حائلا فبانت حاملا ، فإن كان ذلك فى الأمة فهو عيب يثبت الفسخ به ، وان كان فى غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخا ويحتمل أن يستحق ، لأنه قد يريدها لسفر

أو لحمل شيء لا يتمكن منه مع الحمل ، وان شرط البيض فى " جاجة فقد قيل لا يصح لأنه لا علم عليه يعرف به ، ولم يثبت له فى الشرع حكم والاولى أنه يصح لانه يعرف بالعادة ، فأشبه اشتراط الشاة لبونا ، وان اشترط الهزار أو القمرى مصوتا ، فقال بعض أصحابنا لا يصح ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن صياح الطير يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد، والاولى جوازه لان فيه مقصداً صحيحا وهو عادة له وخلقة فيه ، فأشبه الهملجة فى الدابة والصيد فى الفهد ، وان شرط فى الحمام أنه يجىء من مسافة ذكرها ، فقال القاضى لا يصح ، وهو قول أبى حنيفة ؛ لأن فيه تعذيبا للحيوان والقصد منه غير صحيح

وقال أبو الخطاب : يصح لأن هذه عادة مستمرة ، وفيه قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب ، فجرى مجرى الصيد فى الفهد والهملجة فى الدابة ، وان شرط فى الجارية أنها مغنية لم يصح ، لأن الغناء مذموم فى الشرع : فلم يصح اشتراطه كالزنا ، وان شرط فى الكبش كونه نطاحا وفى الديك كونه مقاتلا لم يصح الشرط ، لأنه منهى عنه فى الشرع فجرى مجرى الغناء فى الجارية ، وان شرط فى الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح لانه لا يمكنه الوفاء به ، وان شرط كونه يصيح فى أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت فى القمرى على ما ذكرنا .

فصل

ولا يفتقر الرد بالعيب الى رضا البائع ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : ان كان قبل القبض افتقر الى حضور صاحبه دون رضاه ، وان كان بعده افتقر الى رضا صاحبه أو حكم حاكم . لأن ملكه قد تم على الثمن فلا يزول الا برضاه

ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر الى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ، ولانه مستحق الرد بالعيب فلا يفتقر الى رضا صاحبه كقبل القبض

« مسألة » قال ﴿ ولو باع المشترى بعضها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

منها : أنه اذا اشترى معيبا فباعه سقط رده، لانه قد زال ملكه عنه . فإن عاد إليه فأراد رده بالعيب الاول نظرنا ، فإن كان باعه عالماً بالعيب أو وجد منه ما يدل على رضاه به فليس له رده ، لأن تصرفه رضا بالعيب . وإن لم يكن علم بالعيب فله رده على بائعه . وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : ليس له رده إلا أن يكون المشترى فسخ بحكم الحاكم . لانه سقط حقه من الرد ببيعه ، فأشبه ما لو علم بعيبه

ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك ، كما لو فسخ الثانى بحكم حاكم أو كالولم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه . وانما امتنع لعجزه عن رده فإذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد ، كما لو امتنع الرد لغيبة البائع أو لمعنى سواه . وسواء رجع الى المشترى الاول بالعيب الاول أو بإقالة أو هبة أو شراء ثان أو ميراث فى ظاهر كلام القاضى . وقال أصحاب الشافعى : ان رجع بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان :

أحدهما ليس له رده لانه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل بفسخه

ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم ، وانما امتنع لتعذره بزوال ملكه ، فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب ، فعلى هذا اذا باعها المشترى لبائعها الأول فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الاول فله الرد على البائع الثانى ثم للثانى رده عليه . وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمنين ، فإنه قد يكون الثمن الثانى أكثر .

الفصل الثانى : أنه اذا باع المعيب ثم أراد أخذ ارشه ، فظاهر كلام الخرقى . أنه لا أرش له ، سواء باعه عالما بعيبه أو غير عالم ، وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى لان امتناع الرد كان بفعله ، فأشبه ما لو أتلف المبيع ، ولانه قد استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له أرش ، كما لو زال العيب

وقال القاضى : ان باعه مع علمه بالعيب فلا أرش له لرضاه به معيبا ، وان باعه غير عالم بالعيب فله الارش . نص عليه أحمد ، لأن البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضا به ناقصا ، فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه . وقياس المذهب أن له الارش بكل حال . سواء باعه عالما بعيبه أو جاهلا به .

لأننا خيرناه ابتداء بين رده وإمساكه وأخذ الأرش ، فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ، ولأن الأرش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه ولا رضاه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم اليه تسعة فباعها المشترى .

وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح ، فإن ظلامته من البائع ولم يستدركها منه وإنما ظلم المشترى فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له ، وهذا هو الصحيح من قول مالك . وذكر أبو الخطاب عن أحمد فى رجوع بائع المعيب بالأرش روايتين من غير تفريق بين علم البائع بالعيب وجهله به ، وعلى قول من قال لا يستحق الأرش فإذا علم به المشترى الثانى فرده به أو أخذ أرشه منه فللأول أخذ أرشه ، وهو قول الشافعى إذا امتنع على المشترى الثانى رده بعيب حدث عنده ، لأنه لم يستدرك ظلامته ، وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذى اشتراه به على ما ذكرناه فيما تقدم .

الفصل الثالث : إذا باع المشترى بعض المعيب ثم ظهر على عيب فله الأرش لما بقى فى يده من المبيع ، وفى الأرش لما باعه ماذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع وان أراد ردالباقى بحصته من الثمن ، فالذى ذكره الخرقى ههنا أن له ذلك وقد نص عليه أحمد ، والصحيح أنه ان كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصهما التفريق ، كمصراعى باب وزوجى خف أنه لا يملك الرد لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة ، والامتناع الانتفاع بها على الكمال ، كإباحة الوطء والاستخدام . وبهذاقال شريح والشعبى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى

وقد ذكر أصحابنا فى غير هذا الموضع فيما اذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق أنه لايجوز رد إحداهما دون الأخرى لما فيه من الضرر ، وفيما لو اشترى معيبا فتعيب عنده أنه لايملك رده إلا أن يرد أرش العيب الحادث عنده فلا يجوز أن يرده فى مسألتنا معيباً بعيب الشركة أو نقص القيمة بغير شىء ، الا أن يكون الخرقى أراد ما اذا دلس البائع العيب ، فإن ذلك عنده لايسقط عن المشترى ضمان ما حدث عنده من العيب على ماذكرنا فيما مضى ، وان كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق فباع احداهما ثم وجد بالأخرى عيبا أو علم أنهما كانتا معيبتين فهل له رد

الباقية فى ملكه ؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة . وقال القاضى : المسألة مبنية على تفريق الصفقة ، سواء كان المبيع عينا واحدة أو عينين ، والتفصيل الذى ذكرنا أولى .

فصل

وان اشترى عينين فوجد بإحداهما عيبا ، وكانا مما لا ينقصهما التفريق أو مما لا يجوز التفريق بينهما كالولد مع أمه فليس له الا ردهما جميعا أو امساكهما وأخذ الأرش ، وان لم يكونا كذلك ففيهما روايتان .

إحداهما ليس له إلا ردهما أو أخذ الأرش مع إمساكهما ، وهو ظاهر قول الشافعى وقول أبى حنيفة فيما قبل القبض ، لأن الرد ببعض الصفقة من المشترى : فلم يكن له ذلك ، كما لو كانا مما ينقصه التفريق .

والثانية له رد المعيب وإمساك الصحيح ، وهذا قول الحارث العكلى والاوزاعى واسحاق ، وهو قول أبى حنيفة فيما بعد القبض لأنه رد المعيب على وجه لاضرر فيه على البائع ، فجاز كما لو رد الجميع ، وفارق ما ينقص بالتفريق فإن فيه ضررا ، وإن تلف أحد المبيعين أو تعيب أو وجد بالآخر أو بهما عيباً فأراد رده فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف ، وان اختلفا فى قيمة التالف فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ، ولانه بمنزلة الغارم ، لان قيمة التالف اذا زادت زاد قدر ما يغرمه ، فهو بمنزلة المستعير والغاصب ، فأما ان كان المبيعان باقيين معيبين لم يوجد فى أحدهما ما يمنع رده فأراد ردأحدهما دون الآخر . فقال القاضى : ليس له ذلك ، ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما ؛ والقياس أنها كالتى قبلها ، اذ لو كان امساك أحدهما مانعا من الرد فيما اذا كانا معيبين لمنع منه اذا كان صحيحا

(فصل) اذا اشترى اثنان شيئا فوجداه معيبا أو اشترطا الخيار فرضى أحدهما ففيه روايتان عن أحمد حكاهما أبو بكر وابن أبى موسى

احداهما لمن لم يرض الفسخ ، وبه قال ابن أبى ليلى والشافعى وأبو يوسف ومحمد ؛ وهو احدى الروايتين عن مالك

والاخرى لايجوز له رده ، وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور ، لان المبيع خرج

عن ملكه دفعة واحدة غير متشقص فإذا رده مشتركا رده ناقصا ، أشبه ما لو تعيب عنده ، ووجه الأولى : أنه رد جميع ما ملكه بالعقد ، فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع ، لأنه باع كل واحد منهما نصفها ، فخرجت عن ملك البائع مشقصة ، بخلاف العيب الحادث .

(فصل) وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد لأنه لو رد وحده تشقصت السلعة على البائع فتضرر بذلك ، وإنما أخرجها عن ملكه إلى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها إليه مشقصا ، بخلاف المسألة التى قبلها فان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً ، فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه ، وههنا بخلافه .

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا فله رده عليهما ، فان كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب فى يده حتى يقدم ، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر ، فالحكم كذلك ، سواء أكان الحاضر الوكيل أو الموكل ، نص أحمد على قريب من هذا فان أراد رد نصيب أحدهما وامساك نصيب الآخر جاز ، لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص ، لان المبيع كان مشقصا قبل البيع .

(فصل) فان اشترى حلى فضة بوزنه دراهم فوجده معيبا فله رده ، وليس له أخذ الارش لإفضائه الى التفاضل فيما يجب التماثل فيه فان حدث به عيب عند المشترى ، فعلى احدى الروايتين . يرده ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه ، وقال القاضى . لا يجوز له رده لافضائه الى التفاضل ، فلا يصح ، لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة ، وانما يدفع الارش عوضا عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو جنى عليه فى ملك صاحبه من غير بيع ، وكما لو فسخ الحاكم عليه .

وعلى الرواية الاخرى : يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ، ويطالب بقيمة الحلى لانه لم يمكن اهمال العيب ولا أخذ الارش ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهاتين الروايتين ، وان تلف الحلى فانه يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن .

فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ . وعندى : أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلى وأرش نقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشترى على الرواية الاخرى ، وانما يرجع الى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز وليس فى رده ورد أرشه تفاضل لان المعاوضة زالت بالفسخ فلم يبق له مقابل ، وانما هذا الارش بمنزلة أرش الجناية عليه ولان قيمته اذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه ، فلا يجوز ذلك الا أن يأخذ قيمته من غير جنسه ، ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيبا ينقص قيمته دون كيله لم يملك أخذ أرشه ، لئلا يفضى الى التفاضل ، والحكم فيه على ما ذكرناه فى الحلى بالدراهم .

« مســـألة » قال ﴿ وان ظهر على عيب بعد اعتاقه لها أو موتها فى ملكه فله الارش ﴾

وجملته أنه اذا زال ملك المشترى عن المبيع بعتق أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ، الا أن أبا حنيفة قال فى المقتول خاصة : لا أرش له لانه زال ملكه بفعل مضمون ، أشبه البيع .

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه ، فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع لنا فيه منع ، ومع تسليمه فانه استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان .

احداهما : أنها كالبيع ، لانه لم ييئس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه ، والثانية : له الارش ، وهى أولى : ولم يذكر القاضى غيرها لانه ما استدرك ظلامته فأشبه ما لو وقفه ، وامكان الرد ليس بمانع من أخذ الارش عندنا بدليل ما قبل الهبة ، وان أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بأرشه ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشىء لانه أهلك العين ، فأشبه ما لو قتل العبد .

ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضى بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى .

فصـــل

وإن فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخرقى : أنه لا أرش له وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، وهو قياس قول القاضى ، لقوله فيمن باع المعيب عالما بعيبه : ليس له أرش لأنه رضى به معيباً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه ، وقياس المذهب : أن له الأرش لأن له إمساك المبيع والمطالبة بأرشه وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه ، ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد ، فكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه ، ولأن الارش عوض الجزء الفائت بالعيب ، فلم يسقط بتصرفه فيما سواه ، كما لو باعه عشرة أقفزة فأقبضه تسعة فتصرف فيها .

(فصل) فإن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيبا وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره فى قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر : وكان الحسن وشريح وعبدالله بن الحسن وابن أبى ليلى والثورى وأصحاب الرأى يقولون : إذا اشترى سلعة فعرضها على البيع لزمته ، وهذا قول الشافعى ، ولا أعلم فيه خلافا ، فأما الأرش : فقال ابن أبى موسى ، لا يستحقه أيضاً ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش .

قال أحمد . أنا أقول ، إذا استخدم العبد وأراد نقصان العيب فله ذلك فأما إن احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان اللبن له فملك استيفاءه من المبيع الذى يريد رده ، وكذلك إن ركب الدابة لينظر سيرها أو ليسقيها أو ليردها على بائعها ، وإن استخدم الامة ليختبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، وإن استخدمها لغير ذلك استخداما كثيراً بطل رده فإن كانت يسيرة لا تختص الملك لم يبطل الخيار قيل لأحمد . إن هؤلاء يقولون ؛ إذا اشترى عبداً فوجده معيباً فاستخدمه بأن يقول ؛ ناولنى هذا الثوب ، يعنى بطل خياره ، فأنكر ذلك وقال ؛ من قال هذا ؟ أو من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شىء يبين ، وقد نقل عنه فى بطلان الخيار بالاستخدام روايتان ، وكذلك يخرج ههنا .

﴿ فصـــل ﴾

وإن أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ أرشه فإن أخذه ثم قدر على العبد فإن لم يكن معروف الإباق قبل البيع فقد تعيب عند المشترى ، فهل يملك رده ورد أرش العيب الحادث عنده والارش الذى أخذه ؟ على روايتين وان كان آبقا فله رده ورد ما أخذه من الارش وأخذ ثمنه ، وقال الثورى والشافعى ، ليس للمشترى أخذ أرشه ، سواء قدر على رده أو عجز عنه ، الا أن يهلك لانه لم ييأس من رده ، فهو كما لو باعه .

ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه ، فكان له أرشه كما لو أعتقه وفى البيع استدرك ظلامته بخلاف مسألتنا .

(فصل) واذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيبا فأخذ أرشه فهو له ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجعله فى الرقاب ، وهو قول الشافعى ، لانه من جملة الرقبة التى جعلها لله ، فلا يرجع اليه شىء من بدلها .

ولنا أن العتق انما صادف الرقبة المعيبة والجزء الذى أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً ولان الارش ليس بدلا عن العبد انما هو جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن ، فكأنه لم يصح العقد فيه ولهذا رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام أحمد فى الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لا على وجوبه ؛ قال القاضى انما الروايتان فيما اذا أعتقه عن كفارته ، لانه اذا أعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع اليه بشىء من بدلها ، كالمكاتب اذا أدى من كتابته شيئا .

ولنا أنه أرش عبد أعتقه ، فكان له كما لو تبرع بعتقه .

« مسألة » قال فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده ، حلف المشترى ، وكان له الرد أو الارش)

وجملة ذلك أن المتبايعين اذا اختلفا فى العيب : هل كان فى المبيع قبل العقد أو حدث عند المشترى ؟ لم يخل من قسمين .

أحدهما : أن لا يحتمل الا قول أحدهما كالاصبع الزائدة والشجة المندملة التى

لا يمكن حدوث مثلها ، والجرح الطرى الذى لا يحتمل كونه قديما ، فالقول قول من يدعى ذلك بغير يمين لأننا نعلم صدقه وكذب خصمه ، فلا حاجة إلى استحلافه
والثانى : أن يحتمل قول كل واحد منهما ، كالخرق فى الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان .
إحداهما : القول قول المشترى : فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ، ويكون له الخيار لأن الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد فى حقه ، فكان القول قول من ينفى ذلك كما لو اختلفا فى قبض المبيع .
والثانية : القول قول البائع مع يمينه ، فيحلف على حسب جوابه ، إن أجاب أنى بعته بريئا من العيب حلف على ذلك ، وإن أجاب بأنه لا يستحق على مايدعيه من الرد حلف على ذلك ، ويمينه على البت لا على نفى العلم ، لأن الأيمان كلها على البت ، لا على نفى فعل الغير ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد ، ولأن المشترى يدعى عليه استحقاق فسخ البيع وهو ينكره ، والقول قول المنكر .

فصل

وإذا باع الوكيل ثم ظهر المشترى على عيب كان به فله رده على الموكل ، لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له فإن كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل ، فقال أبو الخطاب : يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه أمر يستحق به الرد ، فيقبل إقرار الوكيل به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب أبى حنيفة والشافعى : لا يقبل إقرار الوكيل بذلك ، وهو أصح ، لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالاجنبى ، فاذا رده المشترى على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل ، لأنه رده بإقراره وهو غير مقبول على غيره ، ذكره القاضى فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده على الموكل ؟ على وجهين .
أحدهما : ليس له رده ، لأن ذلك يجرى مجرى إقراره .
والثانى : له رده ، لأنه يرجع إليه بغير اختيار أشبه ما لو قامت به بينة .

(فصـــل) ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشترى : انما هى ثيب ، أريت النساء الثقات ، ويقبل قول امرأة ثقة ، فإن وطئها المشترى وقال : ماأصبتها بكراً خرج فيه وجهان ، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا فى العيب الحادث :

(فصل) وان رد المشترى السلعه بعيب فيها ، فأنكر البائع كونها سلعته فالقول قول البـــائع مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى ، ونحوه قال الأوزاعى ، فانه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ثم رجع بدرهم ؛ فقال الصيرفى : ليس هذا درهمى يحلف الصيرفى بالله لقد وفيتكه ويبرأ ، لأن البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ ، والقول قول المنكر ، فأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته ، فحكى ابن المنذر عن أحمد . أن القول قول المشترى : وهو قول الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى ، لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد ، والرد بالعيب بخلافه .

« مسألة » قال (وإذا اشترى شيئاً مأكوله فى جوفه ، فكسره فوجده فاسداً فإن لم يكن لمكسوره قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن على البائع ، وان كان لمكسوره قيمة ، كجوز الهند ، فهو مخير فى الرد وأخذ الثمن ، وعليه أرش الكسر أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه)

وجملة ذلك : أنه إذا اشترى مالا يطلع على عيبه إلا بكسره ، كالبطيخ والرمان والجوز والبيض وكسره فبان عيبه ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يرجع على البائع بشىء ، وهو مذهب مالك ، لأنه ليس من البائع تدليس ولا تفريط ، لعدم معرفته بعيبه ، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره ؛ فجرى مجرى البراءة من العيوب .

والثانية : يرجع عليه ، وهى ظاهر المذهب ، وقول أبى حنيفة والشافعى ، لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشترى ، فإذا بان معيبا ثبت له الخيار ، ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح ، لأنه لم يملكه صحيحا ، فلا معنى لإيجاب الثمن كله ، وكونه لم يفرط لا يقتضى أن يجب له ثمن ما لم يسلمه ؛ بدليل العيب الذى لم يعلمه فى العبد .

إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الأسود والجوز الخرب والبطيخ التالف رجع بالثمن كله ، لأن هذا تبين به فساد العقد من أصله ، لكونه وقع على مالا نفع فيه ، ولا يصح بيع مالا نفع فيه كالحشرات والميتات ، وليس عليه أن يرد المبيع إلى البائع ، لأنه لا فائدة فيه

الثاني : أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض النعام والبطيخ الذى فيه نفع ونحوه ، فإذا كسره نظرت ، فإن كان كسرا لا يمكن استعلام المبيع بدونه فالمشترى مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش عيبه ؛ وهو قسط ما بين صحيحه ومعيبه ، وهذا ظاهر كلام الخرقى .

وقال القاضى : عندى لا أرش عليه لكسره ، لأن ذلك حصل بطريق استعلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا تعلم له صحته من فساده بغير ذلك ، وهذا قول الشافعى ، ووجه قول الخرقى : أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصراة اذا حلبها والبكر اذا وطئها ، وبهذين الاصلين يبطل ماذكره فإنه لاستعلام العيب ، والبائع سلطه عليه ، بل ههنا أولى ، لأنه تدليس من البائع والتصرية حصلت بتدليسه ، وان كان كسرا يمكن استعلام المبيع بدونه الا أنه لا يتلف المبيع بالكلية ؛ فالحكم فيه كالذى قبله فى قول الخرقى ، وهو قول القاضى أيضا ، والمشترى مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب وهو احدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية : ليس له رده وله أرش العيب وهــذا قول أبى حنيفة والشافعى ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم وان كسره كسرا لا يبقى له قيمة ، فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه ، وقدر أرش العيب : قسط مابين الصحيح والمعيب من الثمن ، فيقوّم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشترى قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه .

(فصل)

ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيباً ، فإن كان مما لا ينقصه النشر رده ، وان كان ينقصه النشر كالهسنجانى الذى يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما اذا لم يزد على ما يحصل به استعلام المبيع أو زاد ، كنشر من لا يعرف ، وان أحد أخذ أرشه فله ذلك بكل حال .

(فصل) إذا اشترى ثوبا فصبغه ثم ظهر على عيب فله أرشه لا غير ، وبهذا قال أبوحنيفة ، وعن أحمد : أن له رده وأخذ زيادته بالصبغ ، لأنها زيادة فلا تمنع الرد كالسمن والكسب ، والأول أولى : لأن هذا معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات ، وفارق السمن والكسب ، فإنه لا يأخذ عن السمن عوضاً والكسب للمشترى لا يرده ولا يعاوض عنه ، وان قال البائع : أنا آخذه وأعطى قيمة الصبغ لم يلزم المشترى ذلك ، وقال الشافعى : ليس للمشترى الا رده لأنه أمكنه رده ، فلم يملك أخذ الارش ، كما لو سمن عبده أو كسب .

ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه ، فلم يسقط حقه من الأرش بامتناعه من رده ، كما لو تعيب عنده وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث والأصل لا نسلمه ، فإنه يستحق أخذ الارش اذا أراده بكل حال .

(فصل) يصح بيع العبد الجانى ، سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، موجبة للقصاص أو غير موجبة له ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر : لا يصح بيعه ، لانه تعلق برقبته حق آدمى فمنع صحة بيعه كالرهن ، بل حق الجناية آكد ، لأنها تقدم على حق المرتهن .

ولنا أنه حق غير مستقر فى الجانى يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة ، أو حق يثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه ، كالدين فى ذمته أو تصرف فى الجانى فجاز كالعتق ، وان كان الحق قصاصا فهو ترجى سلامته ويخشى تلفه : فأشبه المريض ، أما الرهن فإن الحق متعين فيه لا يملك سيده إبداله ، ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين ، فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذى التزمه برضاه واختياره .

إذا ثبت هذا فمتى باعه وكانت الجناية موجبة للمال أو القود فعفى عنه الى مال فعلى السيد فداؤه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته ، ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه ، لأن للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه ، فإن باعه تعين عليه فداؤه لإخراج العبد من ملكه ، ولاخيار للمشترى لعدم الضرر عليه ، إذ الرجوع على غيره ، هذا اذا كان السيد موسراً ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يلزم السيد فداؤه ، لان أكثر ما فيه أنه التزم فداءه فلا يلزمه ذلك ، كما لو قال الراهن أنا أقضى الدين من الرهن .

ولنا أنه زال ملكه عن الجانى فلزمه فداؤه ، كما لو قتله ، بخـــلاف الرهن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وان كان البائع معسراً لم يسقط حق المجنى عليه من رقبة الجانى ، لأن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه ؛ ولا يحصل ذلك فى ذمة المعسر ، فيبقى احق فى رقبته بحاله مقـــدما على حق المشترى وللمشترى خيار الفسخ ان كان غير عالم ببقاء الحق فى رقبته فإن فسخ رجع بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد وأخذ بها رجع المشترى بالثمن أيضاً لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر أرشه ، وان كان عالماً بغيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشىء لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه .

فإن اختار المشترى فداءه فله ذلك والبيع بحاله لأنه يقوم مقام البائع فى الخيرة بين تسليمه وفدائه، وحكمه فى الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه فان كانت الجناية موجبة للقصاص فللمشترى الخيار بين الرد وأخذ الارش ، فان اقتص منه تعين الارش ؛ وهو قسط قيمة ما بينه جانيا وغـــير جان ، ولا يبطل البيع من أصله ، وبهذا قال أصحاب الشافعى ، وقال أبو حنيفة والشافعى : يرجع بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى إتلافه اياه .

ولنا أنه تلف عند المشترى بالعيب الذى كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن ، كما لو كان مريضا فمات بدائه ، أو مرتداً فقتل بردته ، وما ذكـــروه منتقض بما ذكرناه ، ولا يصح قيـــاسهم على إتلافه . لأنه لم يتلفه فما اشتركا فى المقتضى ، ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده فقطعت عند المشترى فقد تعيب فى يده ، لان استحقاق القطع دون حقيقته ، فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين ومتى اشتراه عالما بعيبه لم يكن له رده ولا أرش كسائر المعيبات، وهذا قول الشافعى

(فصل) وحكم المرتد حكم القاتل فى صحة بيعه وسائر أحكامه المذكورة فيه فان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه الى الإسلام ، وكذلك القاتل فى المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه ، فان لم يتب حتى قدر عليه . فقال أبو الخطاب هو كالقاتل فى غير محاربة لأنه عبد قن يصح إعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله ويعتقه فينجر به ولاء أولاده ؛ فجاز بيعه

كالمريض المأيوس من برئه ؛ وقال القاضى : لا يصح بيعه ، لأنه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته ، وحرم ابقاؤه فصار بمنزلة مالا نفع فيه من الحشرات والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به الى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد ثبق أو إطعام كلب ، والأول أصح ، فانه كان محـــلا للبيع . والاصل بقاء ذلك فيه . وانحتام اتلافه لا يجعله تالفا بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لاتسقط عنه ولاتثبت أحكام الموتى له من ارث ماله ونفوذ وصيته وغيرها ولأن خروجه عن حكم الاصل لا يثبت الا بدليل . ولا نص فى هذا ولا اجماع ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات . لأن تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ولا فى الحال وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الاقرار . وان كان ثبت به . أو رجوع البينة . ولو لم يمكن زواله فأكثر ما فيه تحقق تلفه . وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه وبيعه جائز .

« مسألة » قال ﴿ ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع : الا أن يشترطه المبتاع اذا كان قصده للعبد لا للمال ﴾

وجملة ذلك : أن السيد اذا باع عبده أو جاريته وله مال ملكه اياه مولاه أو خصه به ؛ فهو للبائع ، لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع ؛ الا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه ، ولأن العبد وماله للبائع ، فاذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما ، وان اشترطه المبتاع كان له للخبر ، وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وقضى به شريح ، وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعى واسحاق ، قال الخرقى : اذا كان قصده للعبد لا للمال ، هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعى وأبى ثور وعثمان البتى ، ومعناه أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد انما يقصد بقاء المـــال لعبده واقراره فى يده فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل فى البيع به ، سواء كان المـــال معلوما أو مجهولا ، من جنس الثمن أو من غيره ؛ عينا كان أو دينا ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر .

قال البتى : إذا باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع فى العبد لا فى الدراهم ، وذلك لأنه دخل فى البيع تبعا غير مقصود ، فأشبه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب فى السقوف ، فأما إن كان المال مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به ، وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا ، كما يعتبر ذلك فى العينين المبيعتين ، لأنه مبيع مقصود ، فأشبه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما .

وقال القاضى : هذا ينبنى على كون العبد يملك أو لا يملك ، فإن قلنا لا يملك فاشترط المشترى ما له صار مبيعا معه ، فاشترط فيه ما يشترط فى سائر المبيعات . وهذا مذهب أبى حنيفة ، وإن قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل ، لأنه تبع فى البيع لاأصل فأشبه طى الآبار . وهذا خلاف نص أحمد وقول الخرقى لأنهما جعلا الشرط الذى يختلف الحكم به قصد المشترى دون غيره ، وهو أصح إن شاء الله تعالى . واحتمال الجهالة فيه لكونه غيرمقصود كما ذكرنا ، وكاللبن فى ضرع الشاة المبيعة والحمل فى بطنها والصوف على ظهرها وأشباه ذلك فإنه مبيع ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا . وقد قيل : إن المال ليس بمبيع ههنا ، وإنما استبقاه المشترى على ملك العبد لا يزول عنه الى البائع ، وهو قريب من الأول .

فصـــل

وإذا اشترى عبداً واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة رد ماله معه . وقال داود : يرد العبد دون ماله ، لأن ماله لم يدخل فى البيع فأشبه النماء الحادث عنده .

ولنا أنه عين مال أخذها المشترى لاتحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد ولأن العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده حتى يدفع مايزيل نقصه ، فإن تلف ماله ثم أراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشترى ، هل يمنع الرد ؟ على روايتين ، فإن قلنا يرده فعليه قيمة ما أتلف . قال أحمد فى رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن .

(فصـــل)

وما كان على العبد أو الجارية من الحلى فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا ، فأما الثياب فقال أحمد : ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشترى ، وإن كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيئا يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، يعنى أن الثياب التى يلبسها عادة للخدمة والبذلة تدخل فى البيع دون الثياب التى يتجمل بها ، لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولأنها تتعلق بها مصلحته وحاجته ، إذ لا غناء له عنها فجرت مجرى مفاتيح الدار ، بخلاف ثياب الجمال فإنها زيادة على العادة ولا تتعلق بها حاجة العبد ، وإنما يلبسها إياه لينفقه بها . وهـذه حاجة السيد لا حاجة الغبد ، ولم تجر العادة بالمسامحه فيها فجرت مجرى الستور فى الدار والدابة التى يركبه عليها مع دخولها فى الخبر وبقائها على الأصل . وقال ابن عمر « من باع وليدة زينها بثياب فللذى اشتراها ماعليها ، إلا أن يشترطه الذى باعها» وبه قال الحسن والنخعى

ولنا الخبر الذى رواه ابن عمر ، ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولا جرت العادة ببيعها معه ؛ أشبه سائر مال البائع ، ولأنه زينة للبيع ، فأشبه ما لو زين الدار ببساط أو ستر .

(فصل) ولا يملك العبد شيئا إذا لم يملكه سيده فى قول عامة أهل العلم . وقال أهل الظاهر : يملك لدخوله فى عموم قولة تعالى (٢ - ٢٩ خلق لكم ما فى الارض جميعا) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال » فأضاف المـال إليه بلام التمليك .

ولنا قوله تعالى (١٦ - ٧٥ ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شىء) ولأن سيده يملك عينه ومنافعه ، فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيده كبهيمته ؛ فأما ان ملـّكه سيده شيئا ففيه روايتان

إحداهما لا يملـكه ، وهو ظاهر قول الخرقى ، فإنه قال : والسيد يزكى عما فى يد عبده لأنه مالكه ، وقال : والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه ، وهو اختيار أبى بكر وقول أبى حنيفة والثورى وإسحاق والشافعى فى الجديد ، لأنه مملوك فلم يملك كالبهيمة .

والثانية يملك — وهى أصح عندى — وهو قول مالك والشافعى فى القديم

للآيه والخبر ، ولأنه آدمى حى فملك كالحر ، ولأنه يملك فى النكاح فملك فى المال كالحر ، ولأنه يصح الاقرار له ، فأشبه الحر ، وما ذكروه تعليل بالمانع ، ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضى فى الأصل . ولم يوجد فى البهيمة ما يقتضى ثبوت الملك لها ، وانما انتفى ملكها لعدم المقتضى له لا لكونها مملوكة ، وكونها مملوكة عديم الأثر ؛ فإن سائر البهائم التى ليست مملوكة من الصيود والوحوش لا تملك وكذلك الجمادات ، وإذا بطل كون ما ذكروه مانعا وقد تحقق المقتضى ؛ لزم ثبوت حكمه والله أعلم

« مسألة » قال ﴿ ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها به ﴾

وجملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز فى قول أكثر أهل العلم ؛ روى ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى ، وبه قال أبو الزناد وربيعة وعبد العزيز بن أبى سلمة والثورى والأوزاعى ومالك وإسحاق وأصحاب الرأى ، وأجازه الشافعى ، لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها

ولنا ما روى غندر عن شعبة عن أبى إسحاق السبيعى عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت « دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضى الله عنها ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : إنى بعت غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم الى العطاء ، ثم اشتريته منه بستمائة درهم ، فقالت لها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أبلغى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب » رواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور . والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه الا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فجرى مجرى روايتها ذلك عنه ، ولأن ذلك ذريعة الى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة الى أجل معلوم

وكذلك روى عن ابن عباس فى مثل هذه المسألة أنه قال « أرى مائة بخمسين بينهما حريرة » يعنى خرقة حرير جعلاها فى بيعها ، والذرائع معتبرة لما قدمناه . فأما بيعها بمثل الثمن أو أكثر فيجوز لأنه لا يكون ذريعة . وهذا اذا كانت السلعة

لم تنقص عن حالة البيع. فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو نسى صناعة أو تخرق الثوب أو بلى جاز له شراؤها بما شاء. لان نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل الى الربا. وان نقص سعرها أو زاد لذلك أو لمعنى حدث فيها لم يجز بيعها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها. نص أحمد على هذا كله

(فصـــل)

وإن اشتراها بعرض أو كان بيعها الاول بعرض فاشتراها بنقد جاز. وبه قال أبو حنيفة : ولا نعلم فيه خلافا ، لان التحريم انما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأثمان والعروض ، فأما ان باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر ، مثل أن يبيعها بمائتى درهم ثم اشتراها بعشرة دنانير ، فقال أصحابنا يجوز لأنهما جنسان لايحرم التفاضل بينهما فجاز ، كما لو اشتراها بعرض أو بمثل الثمن

وقال أبو حنيفة : لا يجوز استحسانا ، لأنهما كالشيء الواحد فى معنى الثمنية ولأن ذلك يتخذ وسيلة الى الربا ، فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الاول ، وهذا أصح ان شاء الله تعالى

(فصل) وهذه المسألة تسمى مسألة العينة ، قال الشاعر :

أندانُ أم نعتـــانُ أم ينبرى لنا فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه؟

فقوله « نعتان » أى نشترى عينة مثل ما وصفنا ، وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا الى دينكم » وهذا وعيد يدل على التحريم

وقد روى عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه الا بنسيئة . فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس ، وقال : أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد ، وقال ابن عقيل . انما كره النسيئة لمضارعتها الربا فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل ، ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسألة وللبيع بنسيئة جميعا ، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقا ولا يكره الا أن يكون له تجارة غيره

(فصـل) وان باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، فقال أحمد فى

رواية حرب : لايجوز ذلك إلا أن يغير السلعة ، لأن ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا فأشبه مسألة العينة ، فإن اشتراها بنقد آخر أو بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها نسيئة جاز ، لما ذكرناه فى مسألة العينة ، ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه ، إلا أن يكون ذلك عن مواطأة أو حيلة فلا يجوز . وإن وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد جاز ، لأن الأصل حل البيع ، وإنما حرم فى مسألة العينة بالأثر الوارد فيه ، وليس هذا فى معناه : ولأن التوسل بذلك أكثر فلا يلتحق به ما دونه والله أعلم

(فصـــل)

وفى كل موضع قلنا لايجوز له أن يشترى ، لايجوز ذلك لوكيله لأنه قائم مقامه ويجوز لغيره من الناس ؛ سواء كان أباه أو ابنه أو غيرهما لأنه غير البائع ويشترى لنفسه فأشبه الاجنبي

(فصـل) ومن باع طعاماً الى أجل ، فلما حل الاجل أخذ منه بالثمن الذى فى ذمته طعاماً قبل قبضه لم يجز . روى ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المســيب وطاوس ، وبه قال مالك وإسحاق وأجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلى بن ابن حسين والشافعى وابن المنذر وأصحاب الرأى . قال على بن حسين : إذا لم يكن لك فى ذلك رأى .

وروى عن محمد بن عبد الله بن أبى مريم أنه قال « بعت تمراً من التمارين كل سبعة آصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمراً يبيعه أربعة آصع بدرهم فاشتريت منه ، فسألت عكرمة عن ذلك فقال : لا بأس أخذت أنقص مما بعت ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال : كذب ، قال عبد الله بن عباس « مابعت من شيء مما يكال بكيال فلا تأخذ منه شيئا مما يكال بكيال الا ورقا أو ذهبا ، فإذا أخذت ورقك فابتع ممن شئت منه أو من غيره ، فرجعت فإذا عكرمة قد طلبنى فقال الذى قلت لك هو حلال : هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب : إن فضل لى عنده فضل؟ قال فاعطه أنت الكسر وخذ منه الدرهم ، ووجه ذلك أنه ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كمسألة العينة ، فعلى هذا كل شيئين حرم

النساء فيها لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه إذا كان البيع نساء ، نص أحمد على ما يدل على هذا ، وكذلك قال سعيد بن المسيب فيما حكينا عنه ، والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك فى ابتداء العقد كما قال على بن الحسين فيما يروى عنه عبد الله بن زيد قال « قدمت على على ابن الحسين فقلت له : إنى أجذ نخلى وأبيع ممن حضرنى التمر الى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل ذلك الأجل فيوقفونها بالسوق ، فأبتاع منهم وأقاصهم ؟ قال : لا بأس بذلك اذا لم يكن منك على رأى » وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التى فى الذمة بعد انبرام العقد الاول ولزومه ، فصح كما لو كان المبيع الأول حيوانا أو ثياباً ، ولما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا فإنه لم يأخذ بالثمن طعاماً ، ولكن اشترى من المشترى طعاما بدراهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها كما فى حديث على بن الحسين .

« مسألة » قال ﴿ ومن باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ ، سواء علم به البائع أو لم يعلم ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى البراءة من العيوب ، فروى عنه : أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشترى بالعيب ، وهو قول الشافعى ، وقال ابراهيم والحكم وحماد : لا يبرأ الا مما سمى ، وقال شريح : لا يبرأ الا مما أراه أو وضع يده عليه ، وروى نحو ذلك عن عطاء والحسن واسحاق لأنه مرفق فى البيع لا يثبت الا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار .

والرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت ، وهو قول مالك ، وقول الشافعى فى الحيوان خاصة ، لما روى أن عبد الله بن عمر « باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم ، فأصاب به زيد عيبا ، فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله ، فترافعا الى عثمان . فقال عثمان لابن عمر . تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال . لا ، فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم » وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعا ، وروى عن أحمد : أنه أجاز البراءة من المجهول ، فيخرج من هذا

صحة البراءة من كل عيب ، روى هذا عن ابن عمر ، وهو قول أصحاب الرأى وقول الشافعى ، لما روت أم سلمة « أن رجلين اختصما فى مواريث درست الى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استهما وتوخيا ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه » فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة ولأنه اسقاط حق لا تسليم فيه ، فصح من المجهول كالعتاق والطلاق ، ولا فرق بين الحيوان وغيره ، فما ثبت فى أحدهما ثبت فى الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابى المخالف لا يبقى حجة .

(فصــــل)

فإن قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع فى ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعى ، لأن ابن عمر باع بشرط البراءة ، فأجمعوا على صحته ولم ينكره منكر ؛ فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط ، ويكون وجوده كعدمه ، وعن أحمد فى الشروط الفاسدة روايتان .

احداهما : أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع ، لأن البائع انما رضى بهذا الثمن عوضا عنه بهذا الشرط ، فإذا فسد الشرط فات الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضى به .

« مسألة » قال (ومن باع شيئا مرابحة ، فعلم أنه زاد فى رأس ماله رجع عليه بالزيادة ، وحطها من الربح)

معنى بيع المرابحة : هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشترط علمهما برأس المال ، فيقول : رأس مالى فيه ، أو هو على بمائة بعتك بها وربح عشرة ، فهذا جائز لا خلاف فى صحته ؛ ولا نعلم فيه عند أحد كراهة ، وان قال : بعتك برأس مالى فيه وهو مائة وأربح فى كل عشرة درهما ، أو قال : ده يازده أو ده داوزده فقد كرهه أحمد ، وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق . لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به فى الحساب ، ورخص فيه

سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولان رأس المال معلوم والربح معلوم ، فأشبه ما لو قال . وربح عشرة دراهم ، ووجه الكراهة . أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفا ، ولان فيه نوعا من الجهالة والتحرز عنها أولى ، وهذه كراهة تنزيه ، والبيع صحيح ؛ لما ذكرنا ، والجهالة يمكن ازالتها بالحساب ، فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل .

اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول . متى باع شيئا برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبيه أو اقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال ، وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم ، فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما ، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة . هو مخير بين الاخذ بكل الثمن أو يترك قياسا على المعيب .

ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح فاذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعا به وبالزيادة التي اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم المعيب لم يرض به الا بالثمن المذكور . وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقرر ، وهل للمشتري خيار ؟ فالمنصوص عن أحمد . أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح : وبين تركه ، نقله حنبل . وحكى ذلك قولا للشافعي ، لان المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضا ، ولانه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفا أو وكيلا أو غير ذلك وظاهر كلام الخرقي . انه لا خيار له لأنه لم يذكره ، وحكى ذلك قولا للشافعي . لانه رضيه بمائة وعشرة . فاذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً . فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحا . أو أمي فبان صانعا أو كاتبا أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين . وأما البائع فلا خيار له . لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك .

(فصل) واذا أراد الإخبار بثمن السلعة فان كانت بحالها لم تتغير أخبر بثمنها وان حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجزئه . ويخبر

بالثمن الاول لاغير . ولان ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضا . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفه : يلحق بالعقد ويخبر به فى المرابحة ، وهذه مسألة يأتى ذكرها إن شاء الله تعالى ، وإن كان ذلك فى مدة الخيار لحق بالعقد وأخبر به فى الثمن ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . فإن تغير سعرها دونها ، فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك لأنه زيادة فيها وإن رخصت فنص أحمد : على أنه لا يلزمه الاخبار بذلك لأنه صادق بدون الاخبار به ، ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال فإن المشترى لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغرير به فان أخبر بدون ثمنها ولم يتبين الحال لم يجز ، لأنه يجمع بين الكذب والتغرير ،

(فصل فأما إن تغيرت السلعة فذلك على ضربين .

أحدهما : أن تتغير بزيادة ، وهى نوعان :

أحدهما : أن تزيد لنمائها كالسمن وتعلم صنعة أو يحصل منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب ، فهذا إذا أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذى اشتراها به ؛ وإن أخذ نماء المنفصل ، أو استخدم الأمة أو وطىء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبيين الحال ، وروى ابن المنذر عن أحمد : أنه يلزمه تبيين ذلك كله ، وهو قول اسحاق ، وقال أصحاب الرأى فى الغلة يأخذها لا بأس أن يبيع مرابحة وفى الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين ولأنه من موجب العقد .

ولنا أنه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشترى فجاز ، كما لو لم يزد ، ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغلة ، وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد .

النوع الثانى : أن يعمل فيها عملا ، مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يجملها أو يخيطها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه ، سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله ، هذا ظاهر كلام أحمد ، فانه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ، ولا يجوز أن يقول : تحصلت على بكذا ، وبه قال الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وطاوس والنخعى والأوزاعى وأبو ثور ، ويحتمل أن يجوز

فيما استأجر عليه أن يضم الاجرة الى الثمن ، ويقول . تحصلت على بكذا لانه صادق وبه قال الشعبي والحكم والشافعي .

ولنا أنه تغرير بالمشترى ، فانه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لأجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته فى ذلك فأشبه ما ينقص الحيوان فى مؤنته وكسوته وعلى المبتاع فى خزنه .

الضرب الثانى . أن يتغير بنقص كنقصه بمرض أو جناية عليه ، أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب أو يأخذ المشترى بعضه ، كالصوف واللبن الموجود ونحوه ، فانه يخبر بالحال على وجهه لا نعلم فيه خلافاً ، وان أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه ، ذكره القاضى ، وقال ابو الخطاب . يحط ارش العيب من الثمن ويخبر بالباقى ، لان ارش العيب عوض ما فات به ، فكان ثمن الموجود هو ما بقى ، وفى أرش الجناية وجهان .

أحدهما . يحطه من الثمن كأرش العيب .

والثانى . لا يحطه كالنماء ، وقال الشافعى . يحطها من الثمن ويقول . تقوم على بكذا لانه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه .

ولنا ان الاخبار بالحال على وجهه أبلغ فى الصدق ، وأقرب الى البيان ونفى التغرير بالمشترى والتدليس عليه ، فلزمه ذلك كما لو اشترى شيئين بثمن واحد وقسط الثمن عليهما ، وقياس أرش الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح ، لان الارش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه ، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه ، وكقيمة أحد الثوبين اذا تلف أحدهما ، والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هى عوض عن شىء منه فأما ان جنى المبيع ففداه المشترى لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به فى المرابحة بغير خلاف نعلمه ، لان هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا ، وانما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته ، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشترى ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله فى السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجرة فانه لا يخبر بذلك فى الثمن وجها واحداً وان أخبر بالحال على وجهه فحسن .

(فصل وان اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة

أو اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذى أداه فيه فذلك قسمان : أحدهما : أن يكون البيع من المتقومات التى لا ينقسم الثمن عليها بالاجزاء ، كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا ، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه ، نص عليه أحمد ، فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع أحدهم مرابحة الا أن يقول : اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه ، وهذا مذهب الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى .

وقال الشافعى : يجوز بيعه بحصته من الثمن . لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته بدليل ما لو كان المبيع شقصا وسيفا أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، ولو اشترى شيئين فوجد أحدهما معيبا رده بحصته من الثمن ، وذكر ابن أبى موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد : أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لان ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به .

ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير ، وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه ، فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن ، لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه ، وانما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه ، وكونه لا طريق له سوى التقويم ، ولانه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذه الناس طريقا لاسقاطها ، فيؤدى إلى تفويتها بالكلية ، وههنا له طريق ، وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة .

القسم الثانى : أن يكون المبيع من المتماثلات التى ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالبر والشعير المتساوى فيجوز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه خلافا لان ثمن الجزء معلوم يقينا . ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة ، وان أسلم فى ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة وأراد بيع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن فالقياس جوازه ، لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ، وكذلك لو أقاله فى أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما ، فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً ، ولان الثمن وقع عليهما متساويا لتساوى صفتهما فى الذمة ، فهما كقفيزين من صبرة ، وان حصل فى أحدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع

(فصل) وان اشترى شيئاً بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك ، وان اشتراه من أبيه أو ابنه أو ممن لا تقبل شهادته له لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد : يجوز من غير بيان لانه أخبر بما اشتراه عقداً صحيحا ، فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي .

ولنا أنه متهم في الشراء منهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم ، فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقا كما لو اشترى من مكاتبه . وفارق الأجنبي ، فإنه لا يتهم في حقه ، وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه ، فإنه لا يجوز له بيع ما اشتراه من مكاتبه مرابحة حتى يبين أمره : ولا نعلم فيه خلافا ، وان اشتراه من غلام دكانه الحر ، فقال القاضي : اذا باعه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ، ولا نعلم فيه خلافا ، ولأنه متهم في حقه ، فأشبه من لا تقبل شهادته له ، وقال أبو الخطاب : ان فعل ذلك حيلة لم يجز ، وظاهره الجواز إذا لم يكن حيلة ، وهذا أصح ، لأنه أجنبي لكن لا يختص هذا بغلام دكانه بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز ، وكان حراما وتدليسا على ما ذكرنا من قبل .

(فصل) فإن اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه ، فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز ؛ وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة ولا تغرير بالمشتري ، فأشبه ما لو لم يربح فيه ، وروى عن ابن سيرين : أنه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة ، وأعجب أحمد قول ابن سيرين ، قال : فإن باعه على ما اشتراه يبين أمره يعني يخبر أنه ربح فيه مرة ثم اشتراه . وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعه مرابحة ، إلا أن يبين أمره ، أو يخبر أن رأس ماله عليه خمسة ، وهذا قول القاضي وأصحابه ، لأن المرابحة تضم فيها العقود ، فيخبر بما تقوم عليه ، كما تضم أجرة الخياط والقصار ، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول ، لانه أمن أن يرده عليه ، ولان الربح أحد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المرابحة كالولد والثمرة ، فعلى هذا ينبغي أنه اذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول : تقوم علي بخمسة ، ولا يجوز أن يقول . اشتريته بخمسة

لأن ذلك كذب والكذب حرام ، ويصير كما لو ضم أجرة القصارة والخياطة إلى الثمن وأخبر به .

ولنا ما ذكرناه فيما تقدم ، وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسلمه ، ثم لا يشبه هذا ما ذكره ، لأن المؤنة والنماء لزماه فى هذا البيع الذى يلى المرابحة ، وهذا الربح فى عقد آخر قبل هذا الشراء ، فأشبه الخسارة فيه ، وأما تقرير الربح فغير صحيح : فإن العقد الأول قد لزم ولم يظهر العيب ، ولم يتعلق به حكمه ، ثم قد ذكرنا فى مثل هذه المسألة أن للمشترى أن يرده على البائع إذا ظهر على عيب قديم ، واذا لم يلزمه طرح النماء والغله فههنا أولى ويجيء على هذا القول : أنه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة ، فإنه يخبر أنها حصلت بغير شيء ، وان اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين ، وان اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باثنى عشر ، نص أحمد على نظير هذا ، وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثانى كيفما كان ، فإن لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها ، لأنها ثمن العقد الذى يلى المرابحة ، ولو خسر فيها مثل أن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأى ثمن كان أخبر به ، ولم يجز أن يضم الخسارة الى الثمن الثانى ، فيخبر به فى المرابحة بغير خلاف نعلمه ، وهذا يدل على صحة ما ذكرناه ، والله أعلم .

(فصل) وكل ما قلنا انه يلزمه أن يخبر به فى المرابحة ويبينه فلم يفعل ، فإن البيع لا يفسد به ، ويثبت للمشترى الخيار بين الأخذ به وبين الرد ، الا فى الخبر بزيادة على رأس ماله على ما قدمناه من القول فيه ، وان اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين أمره فعن أحمد : أنه مخير بين أخذه بالثمن الذى وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، لأن البائع لم يرض بذمة المشترى وقد تكون ذمته دون ذمة البائع ، فلا يلزمه الرضى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحمد : أنه ان كان المبيع قائما كان له ذلك الى الاجل ، يعنى وإن شاء فسخ ، وان كان قد استهلك حبس المشترى الثمن بقدر الاجل وهذا قول شريح ، لانه كذلك

وقع على البائع ، فيجب أن يكون للمشترى أخذه بذلك على صفته ، كما لو أخبر بزيادة على الثمن ، وكونه لم يرض بذمة المشترى لا يمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه إذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه إلا بما أخبر به ، ولم يلتفت الى رضـــاه ، بل وجب الرجوع الى ما وقع به البيع الاول . كذا ههنا

(فصـــل) فإن ابتاعه بدنانير فأخبر أنه اشتراه بدراهم ، أو كان بالعكس أو اشتراه بعرض فأخبر أنه اشتراه بثمن ، أو بثمن فأخبر أنه اشتراه بعرض وأشباه هذا ، فللمشترى الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الرضى به بالثمن الذى تبايعا به كسائر المواضع الذى ثبت فيها ذلك .

(فصـــل) وان ابتاع اثنان ثوبا بعشرين أو بذل لهما فيه اثنان وعشرون . فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر ، فإنه يخبر فى المرابحة بأحد وعشرين نص عليه أحمد ، وهذا قول النخعى ، وقال الشعبى . يبيعه على اثنين وعشرين ، لان ذلك الدرهم الذى كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع بعد ذلك الى قول ابراهيم ولا نعلم أحداً خالف ذلك ، لأنه اشترى نصفه الأول بعشرة ثم اشترى نصفه الثانى بأحد عشر ، فصار مجموعهما أحدا وعشرين .

(فصـــل) قال أحمد : ولا بأس أن يبيع بالرقم ، ومعناه : أن يقول : بعتك هذا الثوب برقمه ، وهو الثمن المكتوب عليه اذا كان معلوماً لهما حال العقد ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وكرهه طاوس .

ولنا أنه بيع بثمن معلوم ، فأشبه ما لو ذكر مقداره ، أو ما لو قال : بعتك هذا بما اشتريته به ، وقد علما قدره ، فإن لم يكن معلوما لهما أو لأحدهما لم يصح لان الثمن مجهول ، قال أحمد : والمساومة عندى أسهل من بيع المرابحة ، وذلك لان بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشترى ، ويحتاج فيه الى تبيين الحال على وجهه فى المواضع التى ذكرناها ، ولا يؤمن هوى النفس فى نوع تأويل أو غلط . فيكون على خطر وغرر ، وتجنب ذلك أسلم وأولى .

(فصل) وبيع التولية : هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة ، وحكمه فى الأخبار بثمنه ، وتبيين ما يلزمه تبيينه حكم المرابحة فى ذلك كله ، ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية .

« مسألة » قال (وان أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشترى رده أو اعطاؤه ماغلط به ، وله أن يحلفه أن وقت ماباعها لم يعلم أن شراءها بأكثر)

وجملة ذلك : أنه إذا قال فى المرابحة : رأس مالى فيه مائة وأربح عشرة ، ثم عاد فقال : غلطت رأس مالى فيه مائة وعشرة ؛ لم يقبل قوله فى الغلط الا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانيا ، وذكره ابن المنذر عن أحمد واسحاق ، وروى أبو طالب عن أحمد : اذا كان البائع معروفا بالصدق قبل قوله ، وان لم يكن صدوقا جاز البيع .

قال القاضى : وظاهر كلام الخرقى : أن القول قول البائع مع يمينه . لأنه لما دخل معه فى المرابحة فقد ائتمنه . والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب والظاهر أن الخرقى لم يترك ذكر ما يلزم البائع فى إثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه . بل لأنه عطفه على المسألة قبلها . وقد ذكر فيها فعلم أنه زاد فى رأس المال ولم يتعرض لما يحصل به العلم لكن قد علمنا أن العلم إنما يحصل ببينة أو إقرار . كذلك علم غلطه ههنا يحصل ببينة أو اقرار من المشترى . وكون البائع مؤتمنا لا يوجب قبول دعواه فى الغلط ؛ كالمضارب والوكيل اذا أقرا بربح ثم قالا غلطنا أو نسينا . واليمين التى ذكرها الخرقى ههنا انما هى على نفى علمه بغلط نفسه وقت البيع . لا على اثبات غلطه . وعن أحمد رواية ثالثة : أنه لا يقبل قول البائع وان أقام به بينة حتى يصدقه المشترى ، وهو قول الثورى والشافعى . لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير . فلا يقبل رجوعه ولا بينته لإقراره بكذبها .

ولنا : أنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات . ولا نسلم أنه أقر بخلافها ، فإن الاقرار يكون لغير المقر . وحالة اخباره بثمنها لم يكن عليه حق لغيره . فلم يكن اقرار . فإن لم تكن بينة أو كانت له بينة وقلنا لا تقبل بينته فادعى أن المشترى يعلم غلطه فأنكر المشترى فالقول قوله . وان طلب يمينه فقال القاضى : لا يمين عليه . لانه مدع واليمين على المدعى عليه . ولانه قد أقر له فيستغنى الاقرار عن اليمين ، والصحيح : أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك . لأنه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أو زيادة فى ثمنها فلزمته اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدعياً . انما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول .

ثم قال الخرقى : له أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها أكثر . وهذا صحيح ، فإنه لو باعها بهذا الثمن عالما بأن ثمنها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه ، لأنه تعاطى شيئا عالما بالحال ، فلزمه كمشترى المعيب عالما بعيبه ، وإذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين ، فإن نكل قضى عليه ، وإن حلف خير المشترى بين قبوله بالثمن والزيادة التى غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد ، ويحتمل أنه إذا باعه بمائة وربح عشرة ، ثم انه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح ، لأن البائع رضى بربح عشرة فى هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها . وكذلك ان تبين له أنه زاد فى رأس ماله لا ينقص الربح من عشرة ، لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة .

فأما إن قال وأربح فى كل عشرة درهما ، أو قال ده يازدة لزمه حط العشرة من الربح فى الغلط والزيادة على الثمن فى الصورتين ، وانما أثبتنا له الخيار لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة ، فإذا بان أكثر كان عليه ضرر فى التزامه فلم يلزمه كالمعيب ، وان اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لأنه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب اذا رضيه المشترى ، وان اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشترى فلا خيار له أيضاً ، لأنه قد بذلها بالثمن الذى وقع عليه العقد وتراضيا به .

فصل

ويجوز بيع المواضعة ، وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول : بعتك هذا به وأضع عنك كذا ، فان قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره ، لما ذكرنا فى المرابحة وصح : ويطرح من كل عشرة درهما ؛ فان كان الثمن مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة . وقال قوم يكون الحط من كل أحد عشر درهما ، فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وهذا غلط ، لأن هذا يكون حطا من كل أحد عشر وهو غير ما قاله .

فأما ان قال بوضيعة درهم لكل عشرة كان الوضيعة من كل أحد عشر درهما ويكون الباقى تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . وهذا قول

أبي حنيفة والشافعي . وحكي عن أبي ثور أنه قال : الحط ههنا عشرة مثل الاولى وليس بصحيح ، فانه اذا قال لكل عشرة درهما يكون الدرهم من غيرها ، فكأنه قال من كل أحد عشر درهما درهما ، واذا قال من كل عشرة درهما كان الدرهم من العشرة ، لأن « من » للتبعيض ، فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهما .

(فصل) اذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعاها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان ، لا نعلم فيه خلافا ؛ لأن الثمن عوض عنها فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيها ، وان باعاها مرابحة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه احمد ، وهو قول ابن سيرين والحكم

قال الاثرم : قال أبو عبد الله رحمه الله : اذا باعها فالثمن بينهما نصفان ، قلت أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر ، فقال وان ألبس الثوب بينهما الساعة سواء فالثمن بينهما ؛ لأن كل واحد منهما يملك مثل الذى يملك صاحبه ، وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى : ان الثمن بينهما على قدر رءوس أموالهما ، لان بيع المرابحة يقتضى أن يكون الثمن فى مقابلة رأس المال ، فيكون مقسوماً بينهما على حسب رءوس أموالهما ، ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر ، وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر وليس برواية ، والمذهب الاول لأن الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه ، فكان ملكهما كعوضه متساويا كما لو باعاه مساواة

فصل

ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهلا رأس المال فى المرابحة أو المواضعة أو التولية ، أو جهل ذلك أحدهما ، أو جهل قدر الربح أو قدر الوضيعة فالبيع باطل ، لأن العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا يثبت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهبا وفضة لم يصح البيع ؛ وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين ، لان الإطلاق يقتضى التسوية كالإقرار

ولنا ان قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح ، كما لو قال بمائة بعضها ذهب ، وقوله انه يقتضى التسوية لا يصح ، فانه لو فسره بغير ذلك صح ، وكذلك لو أقر له بمائة ذهبا وفضة فالقول قوله فى قدر كل واحد منهما

« مسألة » قال ﴿ وإذا باع شيئا واختلفا فى ثمنه تحالفا ، فإن شاء المشترى أخذه بعد ذلك بما قال البائع والا انفسخ البيع بينهما ، والمبتدىء باليمين البائع ﴾

والكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ؛ فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشترى بل بعشرة ولأحدهما بينة حكم بهـا ، وإن لم يكن لهما بينة تحالفا ، وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشـــافعى ومالك فى رواية ، وعنه القول قول المشترى مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وزفر ، لأن البائع يدعى عشرة زائدة ينكرها المشترى والقول قول المنكر

وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع ، وحكاه ابن المنذر عن إمامنا رحمه الله . وروى ابن مسعود عن رسـول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع » رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما ، والمشهور فى المذهب الاول ، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه ، فإذا حلف فرضى المشترى بذلك أخذ به ؛ وان أبى حلف أيضا وفسخ البيع بينهما ، لأن فى بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا » ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فان البائع يدعى عقداً بعشرين ينكره المشترى ، والمشترى يدعى عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين ، فشرعت اليمين فى حقهما ، وهذا الجواب عما ذكروه .

الفصـــل الثانى : ان المبتدىء باليمين البائع ، فيحلف ما بعته بعشرة وانما بعته بعشرين ، فإن شـاء المشترى أخذه بما قال البائع والا يحلف ما اشتريته بعشرين ؛ وانما اشتريته بعشرة ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يبتدىء بيمين المشترى لانه منكر واليمين فى جنبته أقوى ، ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم ، وما كان أقرب الى فصل الخصومة كان أولى

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فالقول ما قال البائع » وفى لفظ « فالقول

ما قال البائع ، والمشترى بالخيـار » رواه الإمام أحمد ، ومعناه إن شاء أخذ وإن شاء حلف ، ولأن البائع أقوى جنبة ، لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد ، وقد بينا أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه ، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشترى يحلف الآخر ويقضى له ، فهما سواء .

الفصل الثالث : انه إذا حلف البائع فنكل المشترى عن اليمين قضى عليه . وإن نكل البائع حلف المشترى وقضى له ، وان حلفا جميعا لم ينفسخ البيع بنفس التحالف ، لأنه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه ، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه ، لكن ان رضى أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما ، وان لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ . هذا ظاهر كلام أحمد ؛ ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم ، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه فى الحكم . فأشبه نكاح المرأة إذازوّجها الوليان وجهل السابق منهما .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « أو يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك ، وفى القصة « أن ابن مسعود رضى الله عنه باع الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الإمارة ، فقال عبد الله : بعتك بعشرين ألفاً ، قال الأشعث اشتريت منك بعشرة آلاف ، فقال عبد الله : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول قول البائع ، أو يترادان البيع . قال : فإنى أرد البيع » رواه سعيد عن هشيم عن ابن أبى ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود

وروى أيضا حديثا عن عبد الملك بن عبيدة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ، ثم كان المشترى بالخيار ، إن شاء أخذ وان شاء ترك» وهذا ظاهر فى أنه يفسخ من غير حاكم ، لأنه جعل الخيار اليه ؛ فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ، ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب ، ولا يشبه النكاح ، لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق ، وإذا فسخ العقد فقال القاضى : ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهراً

وباطنا لانه فسخ لاستدراك الظلامة ، فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فوقع فى الظاهر والباطن كالفسخ باللعان

وقال أبو الخطاب : إن كان البائع ظالما لم ينفسخ العقد فى الباطن ، لأنه كان يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد فى الباطن ولا يباح له التصرف فى المبيع لأنه غاصب ؛ فإن كان المشترى ظالما انفسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشترى ؛ ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

ولهم وجه ثالث انه لا ينفسخ فى الباطن بحال ؛ وهذا فاسد ، لأنه لو علم أنه لم ينفسخ فى الباطن بحال لما أمكن فسخه فى الظاهر ، فإنه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ، ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهرا وباطنا ، فانفسخ بفسخه فى الباطن كالرد بالعيب ، ويقوى عندى أنه ان فسخه الصادق منهما انفسخ ظاهرا وباطنا لذلك، وإن فسخه الكاذب عالما بكذبه لم ينفسخ بالنسبة اليه لأنه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه ، ويثبت بالنسبة الى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع اليه ، لانه رجع اليه بحكم الشرع من غير عدوان منه ، فأشبه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه .

« مسألة » قال (فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا الى قيمة مثلها ، إلا أن يشاء المشترى أن يعطى الثمن على ما قال البائع ، فإن اختلفا فى الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه فى الصفة)

وجملته أنهما اذا اختلفا فى ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما يتحالفان ، مثل ما لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعى وإحدى الروايتين عن مالك

والاخرى القول قول المشترى مع يمينه — اختارها أبو بكر — وهذا قول النخعى والثورى والاوزاعى وأبى حنيفة . لقوله عليه السلام فى الحديث «والسلعة

قائمة ، فمفهومه : أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ، ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشترى واستحقاق عشرة فى ثمنها واختلفا فى عشرة زائدة البائع يدعيها والمشترى ينكرها ، والقول قول المنكر ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس .

ووجه الرواية الأولى : عموم قوله « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشترى بالخيار » وقال أحمد : ولم يقل فيه « والمبيع قائم » إلا يزيد بن هارون ، قال أبو عبد الله : وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودى لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنها فى حديث معن ، ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر ، فيشرع اليمين كحال قيام السلعة وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة ، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها ، وقولهم : تركناه للحديث : قلنا : ليس فى الحديث تحالفا ، وليس ذلك بثابت فى شيء من الأخبار ، قال ابن المنذر : وليس فى هذا الباب حديث يعتمد عليه ، وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدى ذلك المعنى ، فنقيس عليه ، بل يثبت الحكم بالبينة فإن التحالف اذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه كما له ذلك فى حال بقاء السلعة ، ويرد الثمن الذى قبضه البائع الى المشترى ، ويدفع المشترى قيمة السلعة الى البائع ، فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا ، وينبغى أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما اذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشترى ، ويكون القول قول المشترى مع يمينه لأنه لا فائدة فى يمين البائع ولا فسخ البيع لأن الحاصل بذلك الرجوع الى ما ادعاه المشترى ، وان كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع فى الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشترى ، ومتى اختلفا فى قيمة السلعة رجعا الى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها فان اختلفا فى الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه لانه غارم والقول قول الغارم .

(فصل) وان تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا فى

قدره ، فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشترى بعد انفساخ العقد ، فأشبه ما لو اختلفا فى القبض .

(فصـــل)

وان قال : بعتك هذا العبد بألف ، فقال : بل هو والعبد الآخر بألف ، فالقول قول البائع مع يمينه ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال الشافعى : يتحالفان : لانهما اختلفا فى أصل عوض العقد ، فيتحالفان كما لو اختلفا فى الثمن .

ولنا أن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله بيمينه ، كما لو ادعى شراءه منفردا .

(فصل) وان اختلفا فى عين المبيع ، فقال . بعتك هذا العبد ، قال : بل بعتنى هذه الجارية ، فالقول قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه لان كل واحد منهما يدعى عقداً على عين ينكرها المدعى عليه ، والقول قول المنكر فان حلف البائع : ما بعتك هذه الجارية ، أقرت فى يده ان كانت فى يده ، وردت عليه ان كان مدعيا قد قبضها ، وأما العبد فان كان فى يد البائع أقر فى يده ، ولم يكن للمشترى طلبه لانه لا يدعيه ، وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه المعقود عليه ، وان كان فى يد المشترى فعليه رده الى البائع لانه يعترف أنه لم يشتره ، وليس للبائع طلبه اذا بذل له ثمنه لاعترافه ببيعه ؛ وان لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لانه تعذر عليه الوصول الى ثمنه فملك الفسخ ، كما لو أفلس المشترى ، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لانهما لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعا وأنكره الآخر ، وان أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر ، ثبت ما قامت عليه البينة دون ما لم تقم عليه .

(فصل) فان اختلفا فى صفة الثمن رجع الى نقد البلد ، نص عليه فى رواية الاثرم ، لان الظاهر أنهما لا يعقدان الا به ، وان كان فى البلد نقود رجع الى أوسطها ، نص عليه فى رواية جماعة ، فيحتمل أنه أراد اذا كان هو الاغلب ، والمعاملة به أكثر ، لان الظاهر وقوع المعاملة به فهو كما لو كان فى البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما اليه مع التساوى لان فيه توسطا بينهما وتسوية بين حقيهما ؛

وفى العدول الى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى : وعلى مدعى ذلك اليمين لان ما قاله خصمه محتمل فتجب اليمين لنفى ذلك الاحتمال ، كوجوبها على المنكر ، واذا لم يكن فى البلد الا نقدان متساويان فينبغى أن يتحالفا ، لانهما اختلفا فى الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفان كما لو اختلفا فى قدره .

(فصل) وان اختلفا فى أجل أو رهن أو فى قدرهما أو فى شرط خيار أو ضمين أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ، ففيه روايتان :

احداهما : يتحالفان وهو قول الشافعى ، لانهما اختلفا فى صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف فى الثمن .

والثانية : القول قول من ينفى ذلك مع يمينه ، وهو قول أبى حنيفة ، لان الاصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لانه منكر ، والقول قول المنكر .

(فصل) وان اختلفا فيما يفسد العقد أو شرط فاسد فقال : بعتك بخمر أو خيار مجهول ، فقال . بل بعتنى بنقد معلوم ، أو خيار ثلاث ، فالقول قول من يدعى الصحة مع يمينه لان ظهور تعاطى المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد وان قال . بعتك مكرها فأنكره فالقول قول المشترى لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع ، وان قال ، بعتك وأنا صبى ، فالقول قول المشترى . نص عليه ، وهو قول الثورى واسحاق ، لانهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده . فكان القول قول من يدعى الصحة كالتى قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعى الصغر لانه الاصل ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، ويفارق ما اذا اختلفا فى شرط فاسد . أو اكراه لوجهين .

أحدهما ؛ أن الاصل عدمه ، وههنا الاصل بقاؤه .

والثانى . أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى الا الصحيح . وههنا ما ثبت أنه كان مكلفا . وان قال ، بعتك وأنا مجنون ؛ فان لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشترى ، لان الاصل عدمه ، وان ثبت أنه كان مجنونا فهو كالصبى ؛ ولو قال العبد بعتك وأنا غير مأذون لى فى التجارة ، فالقول قول المشترى ؛ نص عليه

فى رواية مهنا ، لانه مكلف ، والظاهر : أنه لا يعقد الا عقداً صحيحا .

(فصل وان مات المتبايعان فورثتهما بمنزلتهما فى جميع ما ذكرناه ، لانهم يقومون مقامهما فى أخذ ماليهما وإرث حقوقهما ، فكذلك مايلزمهما أو يصيرلهما .

(فصل) وان اختلفا فى التسليم فقال البائع . لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشترى . لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، والثمن فى الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشترى على تسليم الثمن ، فإن كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ثم يسلم اليهما ، وهذا قول الثورى وأحد قولى الشافعى ، وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق وهو قول ثان الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك . يجبر المشترى على تسليم الثمن ، لان للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن .

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه ، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه ، وتعلق حق البائع بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده ، ولذلك يقدم الدين الذى به الرهن فى ثمنه على ما تعلق بالذمة ، ويخالف الرهن ، فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن ، والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع ، وأما اذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا ، وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على ايفاء صاحبه حقه .

ووجه الرواية الاخرى . أن الذى يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو المبيع ، فوجب تقديمه ، ولان الثمن لا يتعين بالتعيين فأشبه غير المعين .

واذا ثبت هذا ، وأوجبنا التسليم على البائع فسلمه ، فلا يخلو المشترى من أن يكون موسراً أو معسراً ، فان كان موسراً والثمن معه أجبر على تسليمه ، وان كان غائباً قريبا فى بيته أو بلده حجر عليه فى المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن خوفا من أن يتصرف فى ماله تصرفا يضر بالبائع ، وان كان غائباً عن البلد فى مسافة القصر فالبائع مخير بين أن يصبر الى أن يوجد وبين فسخ العقد ، لانه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس ، وان كان دون مسافة القصر فله الخيار فى أحد الوجهين

لأن فيه ضرراً عليه ، والثانى : لا خيار له ، لأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر وإن كان المشترى معسراً فللبائع الفسخ فى الحال والرجوع فى المبيع ؛ وهذا كله مذهب الشافعى .

ويقوى عندى : أنه لا يجب عليه تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشترى من تسليمه ، لأن البائع إنما رضى ببذل المبيع بالثمن ، فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ، ولأن المتعاقدين سواء فى المعاوضة فيستويان فى التسليم وإنما يؤثر ما ذكر من الترجيح فى تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه ، وأما مع الخطر المحوج إلى الحجر أو المجوز للفسخ ، فلا ينبغى أن يثبت ولأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر ، ولانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك فى الغالب ، ولان ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم فهو أولى أن يمنع التسليم ، لان المنع أسهل من الرفع والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التسليم ، ولان للبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض لإمكان تقبيضه وإلا فلا ، وكل موضع قلنا له الفسخ فله ذلك بغير حكم حاكم : لانه فسخ للبيع للإعسار بثمنه فملكه البائع كالفسخ فى عين ماله إذا أفلس المشترى ، وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلا الحاكم ، لان ولاية الحجر إليه .

(فصل) فإن هرب المشترى قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ فى الحال لانه إذا ملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى ، وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ؛ ثم ان وجد الحاكم له مالا قضاه والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فهو للمشترى ، وان أعوز ففى ذمته ، ويقوى عندى أن للبائع الفسخ بكل حال ؛ لاننا أبحنا له الفسخ مع حضوره اذا كان الثمن بعيداً عن البلد لما عليه من ضرر التأخير ، فههنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ، ولا يندفع الضرر برفع الامر الى الحاكم لعجز البائع عن اثباته عند الحاكم ، وقد يكون البيع فى مكان لا حاكم فيه ، والغالب أنه لا يحضره من يقبل الحاكم شهادته فإحالته على هذا تضييع لماله . وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من أن للبائع منع المشترى من قبض المبيع قبل احضار ثمنه لما فى ذلك من الضرر .

فصل

وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لأجل الاستبراء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكى عن مالك فى القبيحة. وقال فى الجميلة: يضعها على يدى عدل حتى تستبرأ، لأن التهمة تلحقه فيها فمنع منها

ولنا أنه بيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكروه من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكته كالقبيحة ولأنه إذا كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر، وإن كان لم يستبرئها فهو ترك التحفظ لنفسه. ولو طالب المشترى البائع بكفيل لئلا تظهر حاملا لم يكن له ذلك، لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طلب كفيلا بالثمن المؤجل

«مسألة» قال ﴿ ولا يجوز بيع الآبق ﴾

وجملته أن بيع العبد الآبق لا يصح، سواء علم مكانه أو جهله، وكذلك ما فى معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبههما. وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى. وروى عن ابن عمر «أنه اشترى من بعض ولده بعيرا شاردا» وعن ابن سيرين: لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً، وعن شريح مثله.

ولنا ما روى أبو هريرة قال «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» رواه مسلم، وهذا بيع غرر، ولأنه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير فى الهواء، فإن حصل فى يد إنسان جاز بيعه لإمكان تسليمه

«مسألة» قال ﴿ ولا الطائر قبل أن يصاد ﴾

وجملة ذلك أنه إذا باع طائراً فى الهواء لم يصح - مملوكا أو غير مملوك - أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه، وغير المملوك لا يجوز لعلتين. إحداهما العجز عن تسليمه، والثانية أنه غير مملوك له، والأصل فى هذا نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر. وقيل فى تفسيره هو بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء،

ولا نعلم فى هذا خلافا، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه ، لأنه لا يقدر على تسليمه الآن ، وإنما يقدر عليه إذا عاد

فإن قيل فالغائب فى مكان بعيد لا يقدر على تسليمه فى الحال

قلنا . الغائب يقدر على استحضاره . والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده ، فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التى يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب ، وإن باعه الطير فى البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحا لم يجز ، لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه ، فإن كان مغلقا ويمكن أخذه جاز بيعه

وقال القاضى : إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه ، وهذا مذهب الشافعى . وهو ملغى بالبعيد الذى لا يمكن إحضاره إلا بتعب ومشقة ، وفرقوا بينهما بأن البعيد تعلم الكلفة التى يحتاج اليها فى إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة ، ولا كذلك فى إمساك الطائر ، والصحيح إن شاء الله تعالى أن تفاوت المدة فى إحضار البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف فى إمساك طائر من البرج ، والعادة تكون فى هذا كالعادة فى ذاك ، فإذا صح فى البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى

« مسألة » قال (ولا السمك فى الآجام)

هذا قول أكثر أهل العلم . روى عن ابن مسعود أنه نهى عنه ، وقال إنه غرر ، وكره ذلك الحسن والنخعى ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث ، والمعنى لا يجوز بيعه فى الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط . أحدها أن يكون مملوكا . الثانى أن يكون الماء رقيقا لا يمنع مشاهدته ومعرفته . الثالث أن يمكن اصطياده وإمساكه ، فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه لأنه مملوك معلوم مقدور على تسليمه ، فجاز بيعه كالموضوع فى الطست ، وان اختل شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لذلك ، وإن اختلت الثلاثة لم يجز بيعه لثلاث علل ، وان اختل اثنان منها لم يجز بيعه لعلتين

وروى عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه ، لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً ، أشبه ما يحتاج الى مؤنة فى كيله ووزنه ونقله .

ولنا ما روى عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا « لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وهذا منه ، ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده ، أشبه الطير فى الهواء والعبد الآبق ، ولأنه مجهول فلم يصح بيعه ، كاللبن فى الضرع والنوى فى التمر ، ويفارق ما ذكروه لأن ذلك من مؤنة القبض ، وهذا يحتاج الى مؤنة ليمكن قبضه ، فأما ان كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه ، وان لم يمكن الا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج ، فالقول فيه كالقول فى بيع الطائر فى البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف ، وإن كانت كثيرة وتتطاول المدة فيه لم يجز بيعه العجز عن تسليمه والجهل بوقت إمكان التسليم

فصـــل

اذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك ملكه ، لأنه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة ، ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارهما للاصطياد جاز ، وما حصل فيهما ملكه ، وان كانت البركة غير معدة للاصطياد لم يملك ما حصل فيها من السمك ، لأنها غير معدة له . فأشبهت أرضه إذا دخل فيها صيد أو حصل فيها سمك ، ومتى نصب شبكة أو شركاً أو فخاً أو أحبولة ملك ماوقع فيها من الصيد ، لأنه بمنزلة يده . وكذلك لو نصب المناجل للصيد وسمى فقتلت صيداً حل له أكله ، وكان كذبحه . ولو وقع فى شبكته أو شبهها شيء كان مضمونا عليه فعلم بذلك أنه كيده . ولو أعد لمياه الامطار مصانع أو بركاً أو أوانى ليحصل فيها الماء ملكه بحصوله فيها . لأنها فى باب الإعداد كالشباك للاصطياد ولو أعد سفينة للاصطياد كالتى يجعل فيها الضوء ويضرب صوانى الصفر ليثب السمك فيها كان حصوله فيها كحصوله فى شبكته ، لكونها صارت من الآلات المعدة له ، ولو لم يعدها لذلك لم يملك ما وقع فيها ، ومن سبق إليه فأخذه ملكه كالارض التى لم تعد للاصطياد مثل أرض الزرع إذا دخلها ماء فيه سمك ثم نضب

عنه ، أو دخل فيها ظبي أو عشش فيها طائر ، أو سقط فيها جراد أو حصل فيها ملح لم يملكه صاحبها . لانه ليس من نماء الأرض ولا مما هى معدة له ، لكنه يكون أحق به . اذ ليس لغيره التخطى فى أرضه ولا الانتفاع بها ، فان تخطى وأخذه أخطأ وملكه . قال أحمد فى ورشان على نخلة قوم صاده انسان هو للصائد ، وقال فى طيرة لقوم أفرخت فى دار جيرانهم . ان الفرخ يتبع الام يرد فراخها على أصحاب الطيرة . واختار ابن عقيل فى المأخوذ من أملاك الناس من صيد وكلأ وشبهه ، أنه لا يملكه باخذه . لأنه سبب منهى عنه ، فلم يفد الملك كالبيع المنهى عنه ، إذ السبب لا يختلف بين كونه بيعاً أو غيره ، لقوله عليه السلام « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » والصحيح الاول ، ولا نسلم أن السبب منهى عنه ، فإن السبب الاخذ ، وليس بمنهى عنه إنما نهى عن الدخول وهو غير السبب بخلاف البيع ، ولان النهى ههنا لحق آدمى ، فلا يمنع الملك كبيع المصراة والمعيب ، وتلقى الركبان والنجش ، وبيعه على بيع أخيه ، ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحة ليحصل فيها الماء فيصير ملحاً ، كالأرض التى على ساحل البحر يجعل اليها طريقاً للماء فإذا امتلأت قطعه عنها ، أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء من عين أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحاً ملكه بذلك لأنها معدة له ، فأشبهت البركة المعدة للصيد ، وإن لم يكن أعدها لذلك لم يملك ما حصل فيها كما قدمنا فى مثلها

فإن قيل فقد روى عن أحمد فى إنسان رمى طيراً ببندق فوقع فى دار قوم فهو لهم دونه ، وهذا يدل على أنهم ملكوه بحصوله فى دارهم .

قلنا هـذا محمول على أنه وقع ممتنعا فصاده أهل الدار فملكوه باصطيادهم ، كذلك قال ابن عقيل ؛ ويتعين حمله على هذا ، لأنهم اذا لم يملكوا ما حصل فى دارهم بفعل الله تعالى ، فما حصل بفعل آدمى أولى ، ولأنه وقع فى الدار بعد الضربة المثبتة له التى يملك بها الصيد ، فأشبه ما لو أطارت الريح ثوب إنسان فألقته فى دارهم ، ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد ، فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بذلك لأنها غير معدة للصيد فى هذه الحال ؛ فأشبهت الأرض التى ليست معدة له

(فصل) وما حصل من الصيد فى كلب إنسان أو صقره أو فهده وكان

استرسل بإرسال صاحبه فهو له لأنه آكد من الشبكة ، لأنه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وارسال صاحبه ، فهو كسهمه ، ولأن الله تعالى قال (٥ - ٤ فكلوا مما أمسكن عليكم · وان استرسل بنفسه فحكمه حكم الصيد الحاصل فى أرض انسان فى أنه لا يملكه وليس لغيره أخذه ، فان أخذه غيره ملكه كالكلأ ، وكذلك ما يحصل فى بهيمة انسان من الحشيش فى المرعى .

« مسألة » قال ﴿ والوكيل اذا خالف فهو ضامن ، الا أن يرضى الآمر فيلزمه ﴾

وجملة ذلك أن الوكيل اذا خالف موكله فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له فى بيعه أو اشترى غير ماعين له . فعليه ضمان مافوت على المالك أو تلف لأنه خرج عن حال الامانة وصار بمنزلة الغاصب .

فأما قوله « إلا أن يرضى الآمر فيلزمه » يعنى إذا اشترى غير ما أمر بشرائه بثمن فى ذمتـــه فان الشراء صحيح ويقف على اجازة الموكل ، فان اجازه لزمه وعليه الثمن ، وان لم يقبل لزم الوكيل ، ويتعين حمله على هـذه الصورة . لأنه قد بين فى موضع آخر، فقال الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء وذكره فى كتاب العتق أيضاً فلذلك تعين حمل هذه المسألة على ما قلنا ، وانما صح الشراء لانه متصرف فى ذمته لا فى مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا ؛ لان الثمن هو الذى فى الذمة والذى نقده عوضه ، ولذلك قلنا انه اذا اشترى فى الذمة ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل ، وان خرج مغصوبا لم يبطل العقد وانما وقف على اجازة الآمر لأنه قصد الشراء له ، فان أجازه لزمه وعليه الثمن ، وان لم يقبله لزم من اشتراه .

﴿ فصـــل ﴾

وان اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير اذنه أو اشترى لغير موكله شيئا بعين ماله أو باع ماله بغير اذنه ففيه روايتان :

احداهما البيع باطل ويجب رده ، وهذا مذهب الشافعى وأبى ثور وابن المنذر والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على اجازة المالك ؛ فان أجازه نفذ ولزم

البيع ، وان لم يجزه بطل ، وهذا مذهب مالك واسحاق وقول أبي حنيفة فى البيع ، فأما الشراء فعنده يقع للمشترى بكل حال .

ووجه هـذه الرواية ما روى عروة بن الجعد البارقى رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى به شاة ، فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار فى الطريق ، قال فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة فأخبرته فقال : بارك الله لك فى صفقة يمينك » رواه الأثرم وابن ماجه ، ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته كالوصية

ووجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجة والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح ، يعنى مالا تملك ، لأنه ذكره جواباً له حين سأله أنه يبيع الشىء ثم يمضى فيشتريه ويسلمه ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب ، ولأنه باع مالا يقدر على تسليمه ، فأشبه الطير فى الهواء ، والوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ، ويجوز فيها من الغرر مالا يجوز فى البيع ، فأما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة ، بدليل أنه سلم وتسلم ، وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا .

(فصل) ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ليمضى ويشتريها ، ويسلمها رواية واحـــدة ، وهو قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا ، لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم « إن الرجل يأتيني فيلتمس من البيع ما ليس عندى ، فأمضى إلى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبع ما ليس عندك »

(فصل) ولو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه فى قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعى . وقال ابن أبي ليلى : سكوته إقرار ، لأنه دليل على الرضى ، فأشبه سكوت البكر فى الإذن فى نكاحها .

ولنا أن السكوت محتمل فلم يكن إذناً كسكوت الثيب ، وفارق سكوت

البكر لوجود الحياء المانع من الكلام فى حقها . وليس ذلك بموجود ههنا .

(فصل) وإذا وكل رجلين فى بيع سلعته ، فباع كل واحد منهما السلعة من رجل بثمن مسمى فالبيع للأول منهما ، روى هذا عن شريح وابن سيرين والشافعى وابن المنذر ، وحكى عن ربيعة ومالك أنهما قالا : هى للذى بدأ بالقبض

ولنا أنه قد روى فى حديث « اذا باع المجيزان فهو للأول » رواه ابن ماجه ولأن الوكيل الثانى زالت وكالته بانتفاء ملك الموكل عن السلعة ، فصار بائعاً ملك غيره بغير إذنه ، فلم يصح كما لو قبض الاول ، أو كما لو زوّج أحد الوليين بعد الاول

« مسألة » قال (وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى فساد هذين البيعين . وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الملامسة والمنابذة » متفق عليه ، والملامسة : أن يبيعه شيئا ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ؛ والمنابذة أن يقول أى ثوب نبذته الىّ فقد اشتريته بكذا . هذا ظاهر كلام أحمد ، ونحوه قال مالك والأوزاعى ، وفيما روى البخارى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة ، وهى طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه ، ونهى عن الملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه »

وروى مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة فى تفسيرها قال « هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، والمنابذة أن ينبذ كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه » وعلى ما فسرناه به لا يصح البيع فيهما لعلتين ، احداهما الجهالة ، والثانية كونه معلقا على شرط . وهو نبذ الثوب اليه أو لمسه له ؛ وان عقد البيع قبل نبذه فقال . بعتك ما تلمسه من هذه الثياب أو ما أنبذه اليك فهو غير معين ولا موصوف ، فأشبه ما لو قال بعتك واحداً منها

﴿ فصـــل ﴾

ومن البيوع المنهى عنها بيع الحصاة ؛ فإن أبا هريرة روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة » رواه مسلم ، واختلف فى تفسيره فقيل هو أن

يقول : ارم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول: بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا . وقيل هو أن يقول بعتك هذا بكذا على أنى متى رميت هذه الحصاة وجب البيع ، وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل ، ولا نعلم فيه خلافا .

(فصل) وروى أنس قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة » أخرجه البخارى . والمخاضرة بيع الزرع الأخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع . والمحاقلة بيع الزرع بحب من جنسه . قال جابر « المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة » قال الأزهرى : الحقل القراح المزروع والحواقل المزارع ، وفسر أبو سعيد المحاقلة باستكراء الارض بالحنطة .

« مسألة » قال (وكذلك بيع الحمل غير أمه واللبن فى الضرع)

معناه بيع الحمل فى البطن دون الأم ، ولا خلاف فى فساده . قال ابن المنذر : وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز ، وإنما لم يجز بيع الحمل فى البطن لوجهين : أحدهما جهالته ، فإنه لا تعلم صفته ولا حياته

والثانى أنه غير مقدور على تسليمه ، بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع فى تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح »

قال أبو عبيد : الملاقيح ما فى البطون وهى الأجنة ، والمضامين ما فى أصلاب الفحول ، فكانوا يبيعون الجنين فى بطن الناقة ، وما يضرب به الفحل فى عامه : أو فى أعوام وأنشد :

إن المضامين التى فى الصلب ماء الفحول فى الظهور الحدب

وروى ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر » قال ابن الأعرابى المجر ما فى بطن الناقة ، والمجر الربا والمجر القمار ، والمجر المحاقلة والمزابنه

(فصل) وقد روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع حبل الحبلة » متفق عليه ، معناه نتاج النتاج ، قاله أبو عبيدة : وعن ابن عمر قال « كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور الى حبل الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج

الناقه ثم تحمل التى نتجت ، فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم» رواه مسلم ، وكلا البيعين فاسد ، أما الاول فلأنه بيع معدوم ، واذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى ، وأما الثانى فلأنه بيع الى أجل مجهول

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن فى الضرع ، وبه قال الشافعى واسحاق وأصحاب الرأى ، ونهى عنه ابن عباس وابو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد ، وحكى عن مالك انه يجوز اياما معلومة اذا عرفا حلابها لسق الصبي كابن الظئر ، وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة .

ولنا ما روى ابن عباس « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع صوف على ظهر أو لبن فى ضرع » رواه الخلال بإسناده ، ولأنه مجهول الصفة والمقدار ، فأشبه الحمل لانه بيع عين لم تخلق فلم يجز كبيع ما تحمل الناقة والعادة فى ذلك تختلف ، وأما لبن الظئر فإنما جاز للحضانة لأنه موضع حاجة

فصل

واختلفت الرواية فى بيع الصوف على الظهر ، فروى أنه لا يجوز بيعه ، لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه ، وروى عنه أنه يجوز بشرط جزه فى الحال ، لأنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة ، وفارق الاعضاء فإنه لايمكن تسليمها مع سلامة الحيوان ، والخلاف فيه كالخلاف فى اللبن فى الضرع ، فإن اشتراه بشرط القطع فتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة إذا اشتراها فتركها حتى طالت

(فصل) ولا يجوز بيع ما تجهل صفته ، كالمسك فى الفأر ، وهو الوعاء الذي يكون فيه ، قال الشاعر :

إذا التاجر الهندى جاء بفأرة   من المسك راحت فى مفارقهم تجرى

فإن فتح وشاهد مافيه جاز بيعه ، وإن لم يشاهده لم يجز بيعه للجهالة ، وقد قال بعض الشافعية يجوز ؛ لأن بقاءه فى فأره مصلحة له ، فإنه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته ، فأشبه ما مأكوله فى جوفه

ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته ، فلم يجز بيعه مستوراً كالدر فى الصدف . وأما ما مأكوله فى جوفه فإخراجه يفضى الى تلفه ، والتفصيل

فى بيعه مع وعائه كالتفصيل فى بيع السمن فى ظرفه . ومن ذلك البيض فى الدجاج والنوى فى التمر لا يجوز بيعهما للجهل بهما ، ولا نعلم فى هذا خلافا نذكره

(فصل) فأما بيع الأعمى وشراؤه ، فإن أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوماً ، أو بالشم إن كان مشموماً صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه كالبصير وله خيـــار الخلف فى الصفة . وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وأثبت أبو حنيفة له الخيار إلى معرفته بالمبيع ، إما بحسه أو ذوقه أو وصفه . وقال عبيد الله ابن الحسن شراؤه جائز ، وإذا أمر إنسـاناً بالنظر إليه لزمه . وقال الشـافعى : لا يجوز إلا على الوجه الذى يجوز فيه بيع المجهول ؛ أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضى زمن يتغير المبيع فيه ، لأنه مجهول الصفة عند العاقد ، فلم يصح كبيع البيض فى الدجاج والنوى فى التمر .

ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبه بيع البصير ، ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه ، فكذلك شم الأعمى وذوقه ، وأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسألتنا

« مسألة » قال (وبيع عسب الفحل غير جائز)

عسب الفحل ضرابه ، وبيعه أخذ عوضه ، وتسمى الأجرة عسب الفحل مجازا وإجارة الفحل للضراب حرام والعقد فاسد ، وبه قال أبو حنيفة والشـــافعى . وحكى عن مالك جوازه ، قال ابن عقيل : ويحتمل عنـدى الجواز لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه ، وهذه منفعة مقصودة والمـاء تابع ، والغالب حصوله عقيب نزوه فيـكون كالعقد على الظئر ليحصل اللبن فى بطن الصبى

ولنا ما روى ابن عمر « أن النبى (ص) نهى عن بيع عسـب الفحل » رواه البخارى ، وعن جابر قال « نهى رسول الله (ص) عن بيع ضراب الجمل » رواه مسلم ، ولأنه مما لا يقدر على تسليمه ، فأشبه إجارة الآبق ، ولأن ذلك متعلق باختيار الفحل وشهوته ، ولأن المقصود هو الماء ؛ وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد وهو مجهول ، وإجازة الظئر خولف فيه الاصل لمصلحة بقاء الآدمى فلا يقاس عليه ما ليس مثله ، فعلى هذا اذا أعطى أجرة لعسب الفحل فهو حرام على الآخذ

لما ذكرناه ولا يحرم على المعطى ، لأنه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج اليه ولا يمتنع هذا كما فى كسب الحجام فإنه خبيث ، وقد أعطى النبى (ص) الذى حجمه ، وكذلك أجرة الكسح ، والصحابة أباحوا شراء المصاحف وكرهوا بيعها ، وان أعطى صاحب الفحل هدية أو أكرمه من غير اجارة جاز ، وبه قال الشافعى لما روى عن أنس عن النبى (ص) أنه قال « اذا كان اكراما فلا بأس » ولانه سبب مباح فجاز أخذ الهدية عليه كالحجامة

وقال أحمد فى رواية ابن القاسم : لا يأخذ ، فقيل له : ألا يكون مثل الحجام يعطى وان كان منهياً عنه ؟ فقال لم يبلغنا أن النبى (ص) أعطى فى مثل هذا شيئا كما بلغنا فى الحجام ، ووجهه أن ما منع أخذ الاجرة عليه منع قبول الهدية ، كمهر البغى وحلوان الكاهن

قال القاضى : هذا مقتضى النظر لكن ترك مقتضاه فى الحجام فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس والذى ذكرناه أرفق بالناس وأوفق للقياس ، وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم

« مسألة » قال (والنجش منهى عنه ، وهو أن يزيد فى السلعة وليس هو مشترياً لها)

النجش . أن يزيد فى السلعة من لا يريد شراءها ليقتدى به المستام فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر الا وهى تساويه فيغتر بذلك ، فهذا حرام وخداع ، قال البخارى « الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل » وروى ابن عمر أن رسول الله (ص) نهى عن النجش » وعن أبى هريرة أن رسول الله (ص) قال « لاتلقوا الركبان ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد » متفق عليهما ولأن فى ذلك تغريراً بالمشترى وخديعة له ، وقد قال النبى (ص) « الخديعة فى النار » فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح فى قول أكثر أهل العلم منهم الشافعى وأصحاب الرأى . وعن أحمد أن البيع باطل ، اختاره أبو بكر وهو قول مالك . لأن النهى يقتضى الفساد

ولنا أن النهى عاد الى الناجش لا الى العاقد فلم يؤثر فى البيع . ولأن النهى

لحق الآدمى فلم يفسد العقد . كتلقى الركبان وبيع المعيب والمدلس وفارق ما كان لحق الله تعالى لأن حق الآدمى يمكن جبره بالخيار أو زيادة فى الثمن ، لكن إن كان فى البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشترى الخيار بين الفسخ والإمضاء كما فى تلقى الركبان ، وان كان يتغابن بمثله فلا خيار له ، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن .

وقال أصحاب الشافعى : إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه فلا خيار له . واختلفوا فيما اذا كان بمواطأة منه ، فقال بعضهم : لاخيار المشترى لان التفريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته

ولنا أنه تغرير بالعاقد ، فإذا كان مغبونا ثبت له الخيار كما فى تلقى الركبان ويبطل ما ذكره بتلقى الركبان .

فصل

ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشترى واشتراها بذلك ثم بان كاذباً فالبيع صحيح وللمشترى الخيار أيضا لأنه فى معنى النجش

(فصل) وقوله عليه السلام « لا يبع بعضكم على بيع بعض » معناه أن الرجلين اذا تبايعا فجاء آخر الى المشترى فى مدة الخيار فقال : أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك خيراً منها بثمنها أو دونه أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشترى ففسخ البيع واشترى هذه . فهذا غير جائز لنهى النبى (ص) عنه ، ولما فيه من الإضرار بالمسلم والإفساد عليه ، وكذلك ان اشترى على شراء أخيه ، وهو أن يجىء الى البائع قبل لزوم العقد فيدفع فى المبيع أكثر من الثمن الذى اشترى به فهو محرم أيضا لأنه فى معنى المنهى عنه ؛ ولأن الشراء يسمى بيعاً فيدخل فى النهى ولأن النبى (ص) « نهى أن يخطب على خطبة أخيه » وهو فى معنى الخاطب ، فإن خالف وعقد فالبيع باطل لأنه منهى عنه والنهى يقتضى الفساد ، ويحتمل أنه صحيح ، لأن المحرم هو عرض سلعته على المشترى ، أو قوله الذى فسخ البيع من أجله : وذلك سابق على البيع ، ولأنه اذا صح الفسخ الذى حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحه أولى ، ولأن النهى لحقِّ آدمى ، فأشبه بيع النجش . وهذا مذهب الشافعى .

﴿ فصــل ﴾

وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يَسُمْ الرجل على سَوم أخيه » ولا يخلو من أربعة أقسام .

أحدها : أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع ، فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشترى ، وهو الذى تناوله النهى .

الثانى : أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم : لأن النبى صلى الله عليه وسلم باع فيمن يزيد ، فروى أنس « أن رجلا من الأنصار شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد ، فقال له . أما بقى لك شىء ؟ فقال بلى ، قدح وحلس ، قال فأتى بهما فأتاه بهما فقال : من يبتاعهما ؟ فقال رجل أخذتهما بدرهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : من يزيد على درهم ؟ من يزيد على درهم ؟ فأعطاه رجل درهمين فباعها منه » رواه الترمذى وقال حديث حسن ، وهذا أيضا إجماع المسلمين يبيعون فى أسواقهم بالمزايدة .

الثالث : أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه ، فلا يجوز له السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم « أن معاوية وأبا جهم خطباها ، فأمرها أن تنكح أسامة » وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه ، فما أبيح فى أحدهما أبيح فى الآخر .

الرابع : أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح ، فقال القاضى . لا تحرم المساومة ، وذكر أن أحمد نص عليه فى الخطبة ، استدلالا بحديث فاطمة ، ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة ، فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا وماعداه يبقى على الأصل ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجها حسنا فإن النهى عام خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها ، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ، ولأنه وجد منه دليل الرضا ، أشبه ما لو صرح به ، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوى فى الدلالة ، وليس فى حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جاءت مستشيرة للنبي صلى الله عليه وسلم ، وليس ذلك دليلا على الرضا ، فكيف ترضى وقد نهاها النبي

صلى الله عليه وسلم بقوله لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم ، والحكم فى الفساد كالحكم فى البيع على بيع أخيه فى الموضع الذى حكمنا بالتحريم فيه .

« فصل » بيع التلجئة باطل ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : هو صحيح ، لأن البيع تم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقد البيع بغير شرط .

ولنا أنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين ، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه ، فيواطىء رجلا على أن يظهرا أنه اشتراه منه ، ليحتمى بذلك ؛ ولا يريدان بيعا حقيقيا .

« مسألة » قال (فإن باع حاضر لباد فالبيع باطل)

وهو أن يخرج الحضرى إلى البادى وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ، ويقول أنا أبيع لك فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » والبادى ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها ، سواء كان بدويا أو من قرية أو بلدة أخرى ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحاضر أن يبيع له قال ابن عباس « نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد ، قال ؛ فقلت لابن عباس ، ما قوله حاضر لباد ؟ قال ، لا يكون له سمساراً » متفق عليه ، وعن جابر قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة وأنس ، والمعنى فى ذلك : أنه متى ترك البدوى يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر . فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد ، وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى تعليله إلى هذا المعنى . وممن كره بيع الحاضر للبادى ، طلحة بن عبيدالله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبدالعزيز ومالك والليث والشافعى ونقل أبو إسحاق بن شاقلا فى جملة سماعاته أن الحسن ابن على المصرى سأل أحمد عن بيع حاضر لباد ؟ فقال ، لا بأس به ، فقال له .

فالخبر الذى جاء بالنهى ؟ قال كان ذلك مرة فظاهر هذا ، صحة البيع ، وأن النهى اختص بأول الإسلام ، لما كان عليهم من الضيق فى ذلك ، وهذا قول مجاهد وأبى حنيفة وأصحابه . والمذهب الأول لعموم النهى ، وما يثبت فى حقهم يثبت فى حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل ، وظاهر كلام الخرقى . أنه يحرم بثلاثة شروط .

أحدها . أن يكون الحاضر قصد البادى ليتولى البيع له .

والثانى . أن يكون البادى جاهلا بالسعر لقوله فيعرفه السعر ولا يكون التعريف إلا لجاهل . وقد قال أحمد فى رواية أبى طالب . إذا كان البادى عارفا بالسعر لم يحرم .

الثالث . أن يكون قد جلب السلع للبيع ، لقوله وقد جلب السلع والجالب هو الذى يأتى بالسلع ليبيعها ، وذكر القاضى شرطين أخرين

أحدهما أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها

والثانى أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه وضـــيق فى تأخير بيعه ؛ وقال أصحاب الشافعى ، إنما يحرم بشروط أربعة ، وهى ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وان اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام وقد صرح الخرقى ببطلانه ونص عليه أحمد فى رواية إسماعيل بن سعيد قال سألت أحمد عن الرجل الحضرى يبيع للبدوى ؟ فقال . أكره ذلك وأرد البيع فى ذلك . وعن أحمد رواية أخرى . أن البيع صحيح وهو مذهب الشافعى . لكون النهى لمعنى فى غير المنهى عنه

ولنا أنه منهى عنه والنهى يقتضى فساد المنهى عنه

(فصل) فأما الشراء لهم فيصح عند أحمد وهو قول الحسن . وكرهت طائفة الشراء لهم كما كرهت البيع يروى عن أنس قال «كان يقال هى كلمة جامعة يقول لا تبيعن له شيئا ولا تبتاعن له شيئا » وعن مالك فى ذلك روايتان .

ووجه القول الأول . أن النهى غير متناول للشراء بلفظه . ولا هو فى معناه فإن النهى عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر . ويزول عنهم الضرر وليس ذلك فى الشراء لهم ، إذ لا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر

عنهم ، والخلق فى نظر الشارع على السواء ، فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر ، وأما إن أشار الحاضر على البادى من غير أن يباشر البيع له ، فقد رخص فيه طلحة بن عبيدالله والأوزاعى وابن المنذر ، وكرهه مالك والليث ، وقول الصحابى حجة ما لم يثبت خلافه .

﴿ فصـــل ﴾

قال ابن حامد : ليس للإمام أن يسعر على الناس ، بل يبيع الناس أموالهم على مايختارون . هذامذهب الشافعى وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به : بع كما يبيع الناس وإلا فاخرج عنا ، واحتج له بما روى الشافعى وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر « أنه مر بحاطب فى سوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما ؟ فسعر له مدين بكل درهم ، فقال له عمر . قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون بسعرك ، فإما أن ترفع فى السعر ، وإما أن تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت » ولأن فى ذلك إضرارا بالناس اذا زاد تبعه أصحاب المتاع ، واذا نقص أضر بأصحاب المتاع .

ولنا ما روى أبو داود والترمذى وابن ماجه عن أنس قال « غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا . يا رسول الله غلا السعر ، فسعر لنا فقال . ان الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق ، انى لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال » قال الترمذى . هذاحديث حسن صحيح ، وعن أبى سعيد مثله ، فوجه الدلالة من وجهين .

أحدهما . أنه لم يسعر ، وقد سألوه ذلك ، ولو جاز لأجابهم اليه .

الثانى . أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ، ولأنه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان كما اتفق الجماعة عليه ، قال بعض أصحابنا . التسعير سبب الغلاء ، لأن الجالبين اذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة اليها فلا يجدونها الا قليلا ، فيرفعون فى ثمنها ليصلوا اليها فتغلوا الأسعار ، ويحصل الاضرار بالجانبين ، جانب الملاك فى منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشترى

فى منعه من الوصول الى غرضه فيكون حراما ، فأما حديث عمر . فقد روى فيه سعيد والشافعى « أن عمر لما رجع حاسب نفسه ، ثم أتى حاطبا فى داره فقال . ان الذى قلت لك ليس بعزيمة منى ولا قضاء ، وانما هو شىء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع كيف شئت » وهذا رجوع الى ما قلنا ، وما ذكروه من الضرر موجود فيما اذا باع فى بيته ولا يمنع منه .

« مسألة » قال (ونهى عن تلقى الركبان)

فإن تلقوا واشترى منهم فهم بالخيار اذا دخلوا السوق وعرفوا انهم قد غبنوا ان أحبوا أن يفسخوا البيع فسخوا ، روى أنهم كانوا يتلقون الأجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن تهبط الاسواق فربما غبنوهم غبناً بينا فيضرونهم ، وربما أضروا بأهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا . ويتربصون بها السعر فهو فى معنى بيع الحاضر للبادى ، فنهى النبى (ص) عن ذلك ، وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد » وعن أبى هريرة مثله متفق عليهما ، وكرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبدالعزيز ومالك والليث والاوزاعى والشافعى واسحاق ، وحكى عن أبى حنيفة . أنه لم ير بذلك بأسا . وسنة رسول الله (ص) أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح فى قول الجميع ، قاله ابن عبد البر ، وحكى عن أحمد رواية أخرى ، أن البيع فاسد لظاهر النهى ، والاول أصح . لان أبا هريرة روى أن رسول الله (ص) قال « لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم ، والخيار لا يكون الا فى عقد صحيح . ولان النهى لا لمعنى فى البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها باثبات الخيار فأشبه بيع المصراة وفارق بيع الحاضر للبادى فانه لا يمكن استدراكه بالخيار اذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين .

فاذا تقرر هذا : فللبائع الخيار اذا علم أنه قد غبن ، وقال أصحاب الرأى ، لا خيار له ، وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا ، ولا قول لأحد مع قوله ، وظاهر المذهب ، أنه لا خيار له الا مع الغبن لانه انما ثبت لأجل الخديعة

ودفع الضرر ، ولا ضرر مع عدم الغبن ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، ويحمل إطلاق الحديث فى إثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده ، لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله ولأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق ، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن فى السوق ؛ ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع ، ولم يقدر الخرقى الغبن المثبت للخيار ، وينبغى أن يتقيد بما يخرج عن العادة ، لأن ما دون ذلك لا ينضبط .

وقال أصحاب مالك : انما نهى عن تلقى الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق ، لئلا يقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى ، قال ابن القاسم : فإن تلقاها متلق فاشتراها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها ، وقال الليث ابن سعد : تباع فى السوق ، وهذا مخالف لمدلول الحديث ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق ولم يجعلوا له خياراً ، وجعل النبى صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهى عن تلقى الركبان لحقه لا لحق غيره ولأن الجالس فى السوق كالمتلقى فى أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى ، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما وإلحاق الضرر به دفعاً للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقى ، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم فى سلعته ، فلا يعرج على مثل هذا ، والله أعلم .

فصل

فإن تلقى الركبان فباعهم شيئا فهو بمنزلة الشراء منهم ، ولهم الخيار إذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقالوا فى الآخر : النهى عن الشراء دون البيع ، فلا يدخل البيع فيه ، وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لأنهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك فى البيع لهم .

ولنا قول النبى (ص) « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل فى هذا ولأن النهى عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم ، وهذا فى البيع كهو فى الشراء ، والحديث قد جاء مطلقا ، ولو كان مختصا بالشراء لألحق به ما فى معناه ، وهذا فى معناه .

(فصل) فإن خرج لغير قصد التلقى فلقى ركبا ، فقال القاضى : ليس له الابتياع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، ويحتمل أن

لا يحرم عليه ذلك ، وهو قول الليث بن سعد ، والوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي .

ووجه الأول : أنه إنما نهى عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم ، وهذا متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده ، فوجب المنع منه كما لو قصد .

(فصل) وإن تلقى الجلب في أعلى الأسواق فلا بأس ، فإن ابن عمر روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق » رواه البخاري ، ولأنه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء ، فلم يدخل في النهي كالذي وصل الى وسطها .

(فصل) والاحتكار حرام ، لما روى الأثرم عن أبي أمامة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام » وروى أيضا بإسناده عن سعيد ابن المسيب : أن رسول الله (ص) قال « من احتكر فهو خاطىء » وروى أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه « خرج مع أصحابه ؛ فرأى طعاما كثيراً قد ألقي على باب مكة ، فقال : ما هذا الطعام ؟ فقالوا جلب إلينا ، فقال : بارك الله فيه وفيمن جلبه ، فقيل له : فإنه قد احتكر ، قال : ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان وفلان مولاك ، فأرسل إليهما فقال : ما حملكما على احتكار طعام المسلمين ؟ قالا نشتري بأموالنا ونبيع . قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام ، أو الافلاس — قال الراوي — فأما مولى عثمان فباعه ، وقال والله لا أحتكره أبداً ، وأما مولى عمر فلم يبعه ، فرأيته مجذوما » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » .

(فصل) والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط .

أحدها أن يشتري ، فلو جلب شيئا أو أدخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكراً ، روى عن الحسن ومالك ، وقال الأوزاعي : الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينفع ، فإن الناس إذا علموا عنده طعاما معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه .

الثانى : أن يكون المشترى قوتا ، فأما الأدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم ، فليس فيها احتكار محرم ؛ قال الأثرم ، سمعت أبا عبد الله يسأل عن أى شيء الاحتكار ؟ قال : اذا كان من قوت الناس فهو الذى يكره وهذا قول عبد الله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب - وهو راوى حديث الاحتكار - يحتكر الزيت ، قال أبو داود : كان يحتكر النوى والخبط والبزر ، ولأن هذه الاشياء مما لا تعم الحاجة إليها ، فأشبهت الثياب والحيوانات .

الثالث : أن يضيق على الناس بشرائه ، ولا يحصل ذلك الا بأمرين :

أحدهما : أن يكون فى بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور ، قال أحمد : الاحتكار فى مثل مكة والمدينة والثغور ، فظاهر هذا : أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر لا يحرم فيها الاحتكار لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا .

الثانى : أن يكون فى حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، فأما ان اشتراه فى حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم .

« مسألة » قال ﴿ وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل ﴾

وجمله ذلك : أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم ، وكرهه الشافعى وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمراً فهو محرم ، وإنما يكره إذا شك فيه ، وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثورى : أنه لابأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكراً ، قال الثورى . بع الحلال ممن شئت ، واحتج لهم بقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولأن البيع تم بأركانه وشروطه .

ولنا قول الله تعالى (٥ . ٢ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) وهذا نهى يقتضى التحريم ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « انه لعن فى الخمر عشرة » فروى ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل ، فقال : يا محمد ، إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقيها ، وأشار الى كل معاون عليها ومساعد فيها » أخرج هذا الحديث

الترمذى من حديث أنس ، وقال : قد روى هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ؛ وروى ابن بطة فى تحريم النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين « أن قيماً كان لسعد بن أبي وقاص فى أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصلح زبيبا ، ولا يصلح أن يباع الا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ، وقال : بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر » ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية ، فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزنى بها ، والآية مخصوصة بصور كثيرة ، فيخص منها محل النزاع بدليلنا ؛ وقولهم : تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا : لكن وجد المانع منه . إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشترى ذلك ، اما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما ان كان الأمر محتملا ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معا ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز ، واذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعى ، لأن المحرم فى ذلك اعتقاده بالعقد دونه ، فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب .

ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها ، فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء ، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ، ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى ، فأفسد العقد ، كبيع درهم بدرهمين ، ويفارق التدليس فإنه لحق آدمى .

(فصل) وهكذا الحكم فى كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو فى الفتنة ، وبيع الأمة للغناء ، أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل لما قدمنا .

قال ابن عقيل : وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال فى القصاب والخباز : إذا علم أن من يشترى منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء : وروى عنه : لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار ، وعلى قياسه : البيض فيكون بيع ذلك كله باطلا .

(فصل) قيل لاحمد : رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيماً وقد احتاج

الى بيعها : قال يبيعها على أنها ساذجة ، فقيل له فإنها تساوى ثلاثين ألف درهم ؛ فإذا بيعت ساذجة تساوى عشرين دينارا ؟ قال لا تباع الا على أنها ساذجة ، ووجه ذلك ما روى أبو أمامة عن النبي (ص) أنه قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن »

قال الترمذى : هذا لا نعرفه الا من حديث على بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم ، ورواه ابن ماجة . وهذا يحمل على بيعهن لاجل الغناء ، فأما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل ، كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر

(فصـــل)

ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل فى بيعه ولا شراؤه ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز ، وقال أبو حنيفة : يجوز للمسلم أن يوكل ذميا فى بيعها وشرائها ، وهو غير صحيح ، فإن عائشة روت أن النبي (ص) قال « حرمت التجارة فى الخمر »

وعن جابر أنه سمع النبي (ص) عام الفتح وهو بمكة يقول «ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام ، فقيل يا رسول الله : أرأيت شحوم الميتة فإنه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال لا ، هو حرام ثم قال رسول الله (ص) : قاتل الله اليهود ، ان الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه . ومن وكل فى بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم فى ذلك ؛ ولان الخمر نجسة محرمة يحرم بيعها والتوكيل فى بيعها كالميتة والخنزير ، ولانه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل فى بيعه كالخنزير

« مسألة » قال (ويبطل البيع اذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد)

ثبت عن أحمد رحمه الله أنه قال : الشرط الواحد لا بأس به ، انما نهى عن الشرطين فى البيع ، ذهب أحمد الى ما روى عبد الله بن عمرو عن النبي (ص) أنه قال « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا تبع ما ليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح

قال الاثرم : قيل لأبي عبد الله ان هؤلاء يكرهون الشرط فى البيع ، فنفض

يده وقال : الشرط الواحد لابأس به فى البيع انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين فى البيع ، وحديث جابر يدل على اباحة الشرط حين باعه جمله وشرط ظهره الى المدينة ، واختلف فى تفسير الشرطين المنهى عنهما ، فروى عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد ، فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعاما واشترط طحنه وحمله ان اشترط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز ، وان اشترط شرطين فالبيع باطل وكذلك فسر القاضى فى شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير ، وروى الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لايبيعها من أحد وأنه لا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين ؛ وروى عنه إسماعيل بن سعيد فى الشرطين فى البيع أن يقول اذا بعتكها فأنا أحق بها بالثمن وأن تخدمنى سنة ، وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهى عنهما ما كان من هذا النحو ، فأما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته ، مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن ، فهذا لا يؤثر فى العقد وان كثر

وقال القاضى فى المجرد : ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط فى العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين ، لمصلحة العقد أو لغير ملصحته ، أخذاً من ظاهر الحديث وعملا بعمومه ، ولم يفرق الشافعى وأصحاب الرأى بين الشرط والشرطين ورووا « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط » ولان الصحيح لا يؤثر فى البيع وان كثر ، والفاسد يؤثر فيه وان اتحد ، والحديث الذى رويناه يدل على الفرق ، ولأن الغرر اليسير اذا احتمل فى العقد لا يلزم منه احتمال الكثير وحديثهم لم يصح وليس له أصل ، وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مرويا فى مسند ولا يعول عليه ، وقول القاضى ان النهى يبقى على عمومه فى كل شرطين بعيد أيضا ، فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف ، وشرط ما هو من مصلحة العقد كالاجل والخيار والرهن والضمين ، وشرط صفة فى المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد ، فلا ينبغى أن يؤثر أيضا فى بطلانه قلت أو كثرت ، ولم يذكر أحمد فى هذه المسألة شيئا من هذا القسم . فالظاهر أنه غير مراد له

(فصل) والشروط تنقسم الى أربعة أقسام : أحدها ما هو من مقتضى العقد ،

كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض فى الحال ، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر فى العقد

الثانى تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشتراط صفة مقصودة فى المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ، ولا نعلم فى صحة هذين القسمين خلافا

الثالث ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافى مقتضاه ، وهو نوعان :

أحدهما اشتراط منفعة البائع فى المبيع ، فهذا قد مضى ذكره

الثانى أن يشترط عقداً فى عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئا آخر أو يشترى منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره : فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشترطه البائع أو المشترى ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

الرابع اشتراط ما ينافى مقتضى البيع وهو على ضربين :

أحدهما اشتراط مابنى على التغليب والسراية مثل أن يشترط البائع على المشترى عتق العبد فهل يصح ؟ على روايتين

إحداهما يصح ، وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعى ، لأن عائشة رضى الله عنها « اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها ، فأنكر النبى ص) شرط الولاء دون العتق »

والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقد أشبه إذا شرط أن لا يبيعه ، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه ، أشبه ما لو شرط أن يبيعه ، وليس فى حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء ، فإذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التى يأتى ذكرها ، وان حكمنا بصحته فأعتقه المشترى فقد وفى بما شرط عليه ، وإن لم يعتقه ففيه وجهان :

أحدهما : يجبر ، لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه ، كما لو نذر عتقه .

والثانى : لا يجبر ، لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط ، بدليل ما لو شرط الرهن والضمين ، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ : لأنه لم يسلم له ما شرطه له : أشبه ما لو شرط عليه رهنا ، وإن تعيب المبيع أو كان أمة فأحبلها أعتقه وأجزأه لأن الرق باق فيه ؛ وان استغله أو أخذ من كسبه شيئا فهو له ، وان مات المبيع رجع البائع على المشترى بما نقصه شرط العتق ، فيقال : كم قيمته لو بيع مطلقا ، وكم يساوى إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه فى أحد الوجهين ، وفى الاخر يضمن ما نقص من قيمته

الضرب الثانى . أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع والا رده أو ان غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، وان أعتقه فالولاء له ؛ فهذه وما أشبهها شروط فاسدة ، وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين . قال القاضى : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح . وهو ظاهر كلام الخرقى ههنا . وهو قول الحسن والشعبى والنخعى والحكم وابن أبى ليلى وأبى ثور

والثانية البيع فاسد ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، لأن النبى (ص) « نهى عن بيع وشرط » ولأنه شرط فاسد فأفسد البيع ، كما لو شرط فيه عقداً آخر ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا . ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشترى كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضى

ولنا ما روت عائشة قالت « جاءتنى بريرة فقالت : كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى ، فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ، ويكون لى ولاؤك فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله (ص) جالس ، فقالت انى عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ؛ فسمع النبى (ص) فأخبرت عائشة النبى (ص) فقال : خذيها واشترطى الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة ، ثم قام رسول الله (ص)

فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد ، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وان كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد

قال ابن المنذر : خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبر يعارضه ، فالقول به يجب

فإن قيل المراد بقوله « اشترطى لهم الولاء » أى عليهم ، بدليل أنه أمرها به . ولا يأمرها بفاسد .

قلنا لايصح هذا التأويل لوجهين . أحدهما أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة الى اشتراطه . الثانى أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط الولاء لهم ، فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لايقبلونه منها ؟ وأما أمره بذلك فليس هو أمراً على الحقيقة ، وانما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه ، كقوله تعالى (استغفر لهم أو لا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا أو لا تصبروا) والتقدير : واشترطى لهم الولاء أو لا تشترطى ، ولهذا قال عقيبه « فإنما الولاء لمن أعتق » وحديثهم لا اصل له على ما ذكرنا ، وما ذكروه من المعنى فى مقابلة النص غير مقبول

(فصـــل)

فإن حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن : ذكره القاضى وللمشترى الرجوع بزيادة الثمن ان كان هو المشترط ، لأن البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشترى انما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه ، فإذا لم يحصل غرضه ينبغى أن يرجع بماسمح به كما لو وجده معيبا

(فصل) فإن حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك ، سواء اتصل به القبض أو لم يتصل . ولا ينفذ تصرف المشترى فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره ، وبهذا قال الشافعى ، وذهب أبو حنيفة الى أن الملك يثبت فيه اذا اتصل به القبض ، وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة الا أن يتصرف فيه المشترى تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته . واحتج بحديث بريرة فإن عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقتها . فأجاز النبى (ص) العتق والبيع فاسد . ولأن المشترى على صفة

يملك المبيع ابتداء بعقد، وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجب أن يملكه كما لو كان العقد صحيحا

ولنا أنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة أو دماً ، فأما حديث بريرة فإنما يدل على صحة العقد لا على ماذكروه ، وليس فى الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط ، بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ، ويحتمل أن الشرط كان سابقا للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل)

وعليه رد المبيع مع نمائه المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه فى يده وان نقص ضمن نقصه لأنها جملة مضمونة ، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضاً ، فإن تلف المبيع فى يد المشترى فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف ، قاله القاضى ، ولأن أحمد نص عليه فى الغصب ، ولأنه قبضه بإذن مالكه فأشبه العارية ، وذكر الخرقى فى الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك وهو أولى ، لأن العين كانت على ملك صاحبها فى حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها ، فكذلك فى حال تلفها ، كما لو أتلفها بالجناية ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

(فصل) فإن كان المبيع أمة فوطئها المشترى فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكه ، ولأن فى الملك اختلافا وعليه مهر مثلها . لأن الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر : ولأن الوطء فى ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكراً .

فإن قيل : أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟

قلنا : لأن النكاح تضمن الإذن فى الوطء المذهب البكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع . فإنه ليس بمعقود على الوطء . بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها

فإن قيل : فإذا أوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة . وقد دخل ضمانها فى المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى

عوض البكارة بضمانه لها ، فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟

قلنا لأن مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء ، فلذلك اجتمعا ؛ وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرا فقد استوفى نفع هذا الجزء ، فوجبت قيمته بما استوفى من نفعه ، فإذا أتلفه وجب ضمان عينه ، ولا يجوز أن تضمن العين ويسقط ضمان المنفعة ، كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها ، أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فإنه يضمن القيمة والمنفعة ، كذا هنا

(فصل)

وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا ولاء عليه ، لأنه حر الاصل وعلى الواطىء قيمته يوم وضعه ، لأنه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه ، فإن سقط ميتا لم يضمن لأنه انما يضمنه حين وضعه ، ولا قيمة له حينئذ .

فإن قيل : فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه

قلنا الضارب يجب عليه غرة ، وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ؛ ولأن الجاني أتلفه وقطع نماءه ، وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده ، ووقت الحيلولة وقت السقوط وكان ميتا فلم يجب ضمانه وعليه ضمان نقص الولادة ، وان ضرب بطنها أجنبي فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة عبد أو أمة ، للسيد منها أقل الامرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط ، لأن ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيا ولذلك ضمنه البائع ، وإنما كان للسيد أقل الامرين ، لأن الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لأنه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئا ؛ وان كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها ؛ لانه بسبب ذلك ضمن وان ضرب الواطىء بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه الغرة أيضا ولا يرث منها شيئا ، وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا ، وان سلم الجارية المبيعة الى البائع حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة وان تلفت بذلك ضمنها ، لأن تلفها بسبب منه ، وان ملكها الواطىء لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب ؛ لأنها علقت منه في غير ملكه ، فأشبه الزوجة . وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولد بهذا .

(فصل) إذا باع المشترى المبيع الفاسد لم يصح ، لأنه باع ملك غيره بغير إذنه وعلى المشترى رده على البائع الأول لأنه مالك ، ولبائعه أخذه حيث وجده ويرجع المشترى الثانى بالثمن على الذى باعه ، ويرجع الأول على بائعه فإن تلف فى يد الثانى فللبائع مطالبة من شاء منهما لأن الأول ضامن والثانى قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامنا فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثانى لم يرجع بالفضل على الأول لأن التلف فى يده ، فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثانى .

(فصل) وإن زاد المبيع فى يد المشترى بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد إلى ما كان عليه أو ولدت الأمة فى يد المشترى ثم مات ولدها ، احتمل أن يضمن تلك الزيادة لأنها زيادة فى عين مضمونة أشبهت الزيادة فى المغصوب ، واحتمل أن لا يضمنها لأنه دخل على أن لا يكون فى مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة فى يده فإن تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقى من القيمة حين أتلف ، قال القاضى : وهذا ظاهر كلام أحمد .

(فصل) اذا باع بيعا فاسدا وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس ، فله الرجوع فى المبيع ، وللمشترى أسوة الغرماء ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة المشترى أحق بالمبيع من سائر الغرماء لانه فى يده فكان أحق به كالمرتهن .

ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه .

(فصل) اذا قال : بع عبدك من فلان على أن على خمسمائة ، فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشترى فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المنع والثمن على غيره . ولا يشبه هذا ما لو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلى خمسمائة : لكون هذا عوضا فى مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز فى النكاح ، أما فى مسألتنا فإنه معاوضة فى مقابلة نقل الملك ، فلا يثبت لمن العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان .

﴿ فصـــل ﴾

والعربون فى البيع : هو أن يشترى السلعة فيدفع الى البائع درهما أو غيره ، على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن . وان لم يأخذها فذلك للبائع ، يقال : عربون وأربون وعربان وأربان ، قال أحمد : لا بأس به ، وفعله عمر رضى الله عنه . وعن ابن عمر . أنه أجازه ، وقال ابن سيرين : لا بأس به . وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين : لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئا ، وقال أحمد : هذا فى معناه ، واختار أبو الخطاب أنه لا يصح ، وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن ، لان النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع العربون » رواه ابن ماجه ، ولانه شرط للبائع شيئا بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط ان له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح ، كما لو قال : ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما ، وهذا هو القياس ، وانما صار أحمد فيه الى ما روى فيه عن نافع بن عبد الحارث « أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فان رضى عمر والا فله كذا وكذا » ، قال الأثرم . قلت لاحمد تذهب اليه ؟ قال أى شيء أقول ؟ هذا عمر رضى الله عنه ، وضعف الحديث المروى ، روى هذه القصة الاثرم باسناده ، فأما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال . لا تبع هذه السلعة لغيرى ، وان لم أشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدىء وحسب الدرهم من الثمن صح ، لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذى اشترى لعمر كان على هذا الوجه : فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون ، وان لم يشتر السلعة فى هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ، ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لانه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن فى حال الشراء ، ولان الانتظار بالبيع لا يجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما فى الإجارة .

« مسألة » قال (واذا قال : بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا : لم ينعقد البيع وكذلك ان باعه بذهب على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه)

وجملته : أن البيع بهذه الصفة باطل : لأنه شرط فى العقد أن يصارفه بالثمن الذى وقع العقد به والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان فى بيعة ؛ قال أحمد : هذا معناه وقد روى أبو هريرة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة » أخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ، وروى أيضا عن عبد الله بن عمرو عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وهكذا كل ما كان فى معنى هذا مثل أن يقول : بعتك دارى هذه على أن أبيعك دارى الاخرى بكذا ، أو على أن تبيعنى دارك ، أو على أن أؤجرك ، أو على أن تؤجرنى كذا ، أو على أن تزوجنى ابنتك ، أو على أن أزوجك ابنتى ونحو هذا فهذا كله لا يصح ، قال ابن مسعود « الصفقتان فى صفقة ربا » وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور العلماء ، وجوزه مالك وقال : لا ألتفت إلى اللفظ الفاسد إذا كان معلوما حلالا فكأنه باع السلعة بالدراهم التى ذكر أنه يأخذها بالدنانير .

ولنا الخبر وأن النهى يقتضى الفساد ، ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت فى الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط فإذا فات فات الرضى به ، ولانه شرط عقدا فى عقد لم يصح كنكاح الشغار ، وقوله « لا ألتفت الى اللفظ » لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحا ؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافى مقتضى العقد كما سبق والله أعلم .

(فصـــل)

وقد روى فى تفسير بيعتين فى بيعة وجه آخر : وهو أن يقول : بعتك هذا العبد بعشرة نقدا ، أو بخمسة عشر نسيئة ، أو بعشرة مكسرة ، أو تسعة صحاحا ، هكذا فسره مالك والثورى واسحاق وهو أيضا باطل ، وهو قول الجمهور لانه لم يجزم له ببيع واحد فأشبه ما لو قال بعتك هذا أو هذا ، ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، ولان أحد العوضين غير معين ولا معلوم فلم يصح كما لو قال بعتك أحد عبيدى ، وقد روى عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا : لا بأس أن يقول : أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا ، فيذهب على أحدهما ، وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجرى فى العقد فكأن المشترى قال : أنا آخذه

بالنسيئة بكذا ، فقال : خـــذه ، أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافيا وان لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب أو يدل عليه لم يصح لان ما مضى من القول لا يصلح أن يكون ايجابا لما ذكرناه ، وقد روى عن أحمد فيمن قال : ان خطته اليوم فلك درهم ، وان خطته غداً فلك نصف درهم : أنه يصح ، فيحتمل أن يلحق به هذا البيع ، فيخرج وجها فى الصحة ، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث ان العقد ثَمَّ يمكن أن يصح لكونه جعالة يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع ولان العمل الذى يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه الا على احدى الصفقتين ، فتتعين الاجرة المسماة عوضا له فلا يفضى الى التنازع وههنا بخلافه .

﴿ فصـــل ﴾

ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشترى ذلك عليه ، فهو محرم والبيع باطل ، وهذا مذهب مالك والشافعى ولا أعلم فيه خلافا الا ان مالكا قال : ان ترك مشترط السلف السلف صح البيع .

ولنا ما روى عبد الله بن عمرو « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن ، وعن بيع ما لم يقبض ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن شرطين فى بيع ، وعن بيع وسلف » أخرجه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح : وفى لفظ « لا يحل بيع وسلف » ولانه اشترط عقداً فى عقد ، ففسد كبيعتين فى بيعة ولانه اذا اشترط القرض زاد فى الثمن لأجله ، فتصير الزيادة فى الثمن عوضا عن القرض وربحا له ، وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به ولانه بيع فاسد فلا يعود صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما .

(فصل) واذا جمع بين عقدين مختلفى القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الإجارة ، نحو أن يقول . بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهما ، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الاخرى بألف ، أو باعه سيفا محلى بالذهب بفضة ، أو زوجتك ابنتى وبعتك عبدها بألف صح العقد فيهما لانهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين كالعبدين ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال أبو الخطاب . فى ذلك وجه آخر انه لا يصح ، وهو القول الثانى للشافعى ، لان حكمهما مختلف

فان المبيع يضمن بمجرد البيع ، والإجارة بخلافه ، والاول أصح ، وما ذكروه يبطل بما اذا باع شقصا وسيفا فانه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة فى أحدهما دون الآخر ، فأما ان جمع بين الكتابة والبيع ، فقال ، كاتبتك وبعتك عبدى هذا بألف ، فى كل شهر مائة لم يصح لان المكاتب قبل تمام الكتابة عبد فلا يصح أن يشترى من سيده شيئا ، ولا يثبت لسيده فى ذمته ثمن ، واذا بطل البيع ، فهل يصح فى الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان ، نذكرهما فى تفريق الصفقة ، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التى قبلها ، فقال فى الكل وجهان : والذى ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى .

﴿ فصل ﴾

فى تفريق الصفقة ، ومعناه . أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد ، وهو على ثلاثة أقسام .

أحدها . أن يبيع معلوما ومجهولا ، كقوله . بعتك هذه الفرس وما فى بطن هذه الفرس الاخرى بألف فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم فى بطلانه خلافا لان المجهول لا يصح بيعه لجهالته : والمعلوم مجهول الثمن ، ولا سبيل الى معرفته لان معرفته انما تكون بتقسيط الثمن عليهما ، والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط .

الثانى . أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء ، كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير اذن شريكه ، وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك الا بعضهما ففيه وجهان .

أحدهما . يصح فى ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه .

والثانى . لا يصح فيهما وأصل الوجهين . أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين . احداهما . يفسد فيهما . والثانية . يصح فى الحرة . والاولى أنه يصح فيما يملكه ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر . لا يصح ، وهو قول أبى ثور لان الصفقة جمعت حلالا وحراما ، فغلب التحريم ولان الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها فى جميع المعقود عليه بطلت فى الكل ، كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين .

ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه، كما لو باع شقصا وسيفا، ولان ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله فى محله بشرطه فصح، كما لو انفرد، ولان البيع سبب اقتضى الحكم فى محلين وامتنع حكمه فى أحد المحلين لنبوته عن قبوله، فيصح فى الآخر، كما لو أوصى بشيء لآدمى وبهيمة، وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الاخر فلذلك فسد فيهما، وههنا بخلافه.

القسم الثالث : أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالإجزاء كعبد وحر وخل وخمر وعبده وعبد غيره وعبد حاضر وآبق، فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه، وفى الاخر روايتان، نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج إمرأة على عبدين فوجد أحـــدهما حرا فلها قيمة العبدين، فأبطل الصداق فيهما جميعاً. وللشافعى قولان كالروايتين، وأبطل مالك العقد فيهما الا أن يبيع ملكه وملك غيره، فيصح فى ملكه؛ ويقف فى ملك غيره على الإجازة، ونحوه قول أبى حنيفة فإنه قال : إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو إجماع كالحر والخمر لم يصح العقد فيهما، وان لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه، لان ما اختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الإجازة بحكم حاكم بصحة بيعه.

وقال أبو ثور : لا يصح بيعه لما تقدم فى القسم الثانى، ولأن الثمن مجهول، لانه إنما يتبين بالتقسيط للثمن على القيمة، وذاك مجهول فى الحال فلم يصح البيع به كما لو قال : بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصة من رأس المال، ولانه لو صرح به فقال : بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح، فكذلك إذا لم يصرح، وقال من نصر الرواية الاولى : إنه متى سمى ثمنا فى مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة، كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ أرشه، والقول بالفساد فى هذا القسم ان شاء الله أظهر، والحكم فى الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم فى البيع، الا أن الظاهر فيها الصحة، لأنها ليست عقود معاوضة؛ فلا توجد جهالة العوض فيها.

(فصل) وان وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم ينفسخ

العقد فى الباقى ، روايه واحدة ، ويأخذ المشترى الباقى بحصته من الثمن ؛ لان العقد وقع صحيحا ، فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض ، وكما لو وجد أحد المبيعين معيبا فرده ، أو أقال أحد المتبايعين الاخر فى بعض المبيع .

(فصـــل) وان كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعاهما صفقة واحدة بثمن واحد ، أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بثمن واحد ، ففيه وجهان :

أحدهما : يصح فيهما ، ويتقسط العوض على قدر قيمتهما ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، لأن جملة الثمن معلومة . فصح كما لو كانا لرجل واحد ، وكما لو باعا عبدا واحدا لهما أو قفيزين من صبرة واحدة .

والثانى : لا يصح ، لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمـــن ، وهو مجهول على ما قدمنا ، وفارق ما اذا كانا لرجل واحد ، فإن جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط ، والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء ، فلا جهالة فيه .

فصـــل

ومتى حكمنا بالصحة فى تفريق الصفقة وكان المشترى عالما بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة ، وان لم يعلم ، مثل أن اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك الا نصفه ، أو عبدين فتبين أنه لا يملك الا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والامساك ، لان الصفقة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار له لانه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ، ولو وقع العقد على شيئين يفتقر الى القبض فيهما فتلف أحدها قبل قبضه ، فقال القاضى : للمشترى الخيار بين امساك الباقى بحصته وبين الفسخ ، لان حكم ماقبل القبض فى كون المبيع من ضمان البائع حكم ماقبل العقد ، بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه لملك المشترى الفسخ به .

« مسألة » قال ﴿ ويتجر الوصى بمال اليتيم ، ولا ضمان عليه ، والربح كله لليتيم فإن أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصى عليه ﴾

وجملته : أن لولى اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح ؛ أبا كان أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم ، وهو

أولى من تركه ، وممن رأى ذلك : ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . ويروى إباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ، ولا نعلم أحداً كرهه ، الا ما روى عن الحسن ، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به ، ولأن خزنه أحفظ له ، والذى عليه الجمهور أولى ؛ لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص : أن النبي (ص) قال « من ولى يتيما له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » .

وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو أصح من المرفوع ، ولأن ذلك أحظ المولى عليه ، لتكون نفقته من فاضله وربحه ، كما يفعله البالغون فى أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم ، الا أنه لا يتجر إلا فى المواضع الآمنة ، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يغرر بماله ، وقد روى عن عائشة رضى الله عنها « أنها أبضعت مال محمد بن أبى بكر فى البحر » فيحتمل أنه كان فى موضع مأمون قريب من الساحل ، ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها إن هلك غرمته ، فمتى اتجر فى المال بنفسه فالربح كله لليتيم .

وأجاز الحسن بن صالح وإسحاق أن يأخذه الوصى مضاربة لنفسه ، لأنه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره ، فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه ، والصحيح ما قلنا ، لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ؛ ولا يجوز أن يعقد الولى المضاربة مع نفسه ، فأما إن دفعه الى غيره فللمضارب ما جعله له الولى ووافقه عليه ؛ أى اتفقا عليه فى قولهم جميعاً ، لأن الوصى نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته ، فصار تصرفه فيه كتصرف المالك فى ماله .

(فصل) ويجوز لولى اليتيم إبضاع ماله ، ومعناه : دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم ؛ وقد روى عن عائشة رضى الله عنها « أنها أبضعت مال محمد بن أبى بكر » ولأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى ، ويجوز أن يشترى له العقار ، لأنه مصلحة له فإنه يحصل منه الفضل ويبقى الأصل ، والغرر فيه أقل من التجارة ، لأن أصله محفوظ ، ويجوز أن يبنى له عقاراً ، لأنه فى معنى الشراء ، الا أن يكون الشراء أحظ وهو ممكن ، فيتعين تقديمه ، وإذا أراد البناء بناه بما يرى الحظ فى البناء به .

وقال أصحابنا . يبنيه بالآجر والطين ، ولا يبنى باللبن ، لأنه إذا هدم لا مرجوع له ، ولا بجص لأنه يلتصق بالآجر فلا يتخلص منه ، فإذا هدم فسد الاجر ، لأن تخليصه منه يفضى الى كسره ، وهذا مذهب الشافعى ، والذى قلناه أولى إن شاء الله فإنه إذا كان الحظ له فى البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله : ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الاجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون فى حياته ولا يحتاج إليه ، مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الاجر وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به ، فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل ، وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالاجر كالعراق ونحوها ، فلا يصح فى حق غيرهم .

(فصل) ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة ، لأننا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيكون بيعه تفويتاً للحظ ، فإن احتيج الى بيعه جاز ، نقل أبو داود عن أحمد : يجوز للوصى بيع الدور على الصغار إذا كان نظرا لهم ، وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وإسحاق ، قالوا : يبيع إذا رأى الصلاح ، قال القاضى : لا يجوز الا فى موضعين .

أحدهما : أن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته .

الثانى : أن يكون فى بيعه غبطة ، وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل قال أبو الخطاب : كالثلث ونحوه ، أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب ، أو نحوه ، وهذا مذهب الشافعى .

وكلام أحمد يقتضى إباحة البيع فى كل موضع يكون نظارا لهم ، ولا يختص بما ذكروه ، وقد يرى الولى الحظ فى غير هذا ، مثل أن يكون فى مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشترى له فى مكان يكثر نفعه ، أو يرى شيئا فى شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه الا ببيع عقاره ، وقد تكون داره فى مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره ، فيبيعها ويشترى له بثمنها دارا يصلح له المقام بها وأشباه هذا مما لا ينحصر ، وقد لا يكون له حظ فى بيع عقاره وان دفع فيه مثلا ثمنه ، إما لحاجته اليه واما لأنه لا يمكن صرف ثمنه فى مثله ، فيضيع الثمن

ولا يبارك فيه ، فقد جاء عن النبي (ص) « من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه فى مثله لم يبارك له فيه » فلا يجوز بيعه اذاً ، فلا معنى لتقييده بما ذكروه فى الجواز ولا فى المنع ، بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه والا فلا .

(فصل) ويجوز لولى اليتيم كتابة رقيق اليتيم واعتاقه على مال اذا كان الحظ فيه ، مثل أن تكون قيمته ألفا فيكاتبه بألفين أو يعتقه بألفين ، فإن لم يكن فيها حظ لم يصح ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا يجوز اعتاقه ، لان الإعتاق بمال تعليق له على شرط ، فلم يملكه ولى اليتيم كالتعليق على دخول الدار ، وقال الشافعى : لا تجوز كتابته ولا اعتاقه لأن المقصود منهما العتق دون المعاوضة ، فلم تجز كالإعتاق بغير عوض .

ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعه ، ولا عبرة بنفع العبد ، ولا يضره كونه تعليقا ، فإنه اذا حصل الحظ لليتيم لايضره نفع غيره ، ولا كون العتق حصل بالتعليق ، وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه لا نفع فيه فمنع منه لعدم الحظ وانتفاء المقتضى لا لما ذكروه ولو قدر أن يكون فى العتق بغير مال نفع كان نادرا ويتوجه أن يصح .

قال أبو بكر : يتوجه العتق بغير عوض للحظ ، مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعين ، ولو أفردت احداهما ساوت مائتين ، ولا يمكن افرادها بالبيع فيعتق الاخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتها .

﴿ فصل ﴾

قال أحمد : ويجوز للوصي أن يشترى لليتيم أضحية اذا كان له مال ، يعنى مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الاضحية ، فيكون ذلك على وجه التوسعة فى النفقة فى هذا اليوم الذى هو عيد ويوم فرح وفيه جبر قلبه وتطييبه وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة فى هذا اليوم وجرى العادة بها بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « انها أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل » رواه مسلم ، ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين فى الخبز وأمكن فى حصول الادم فهو أولى ، وان كان افراده أرفق به أفرده ،

لقوله تعالى (٢ - ٢٢٠ ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ، ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم) أى ضيق عليكم وشدد ، من قولهم : أعنت فلان فلاناً إذا ضيق عليه وشدد . وعنتت الرجل إذا ضلعت ، ويجوز للوصى ترك الصبي فى المكتب بغير إذن الحاكم وحكى لأحمد قول سفيان : لا يسلم الوصى الصبي إلا بإذن الحاكم ، فأنكر ذلك . وذلك لأن المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لمأكوله ومشروبه وملبوسه . وكذلك يجوز له إسلامه فى صناعة إذا كانت مصلحته فى ذلك لما ذكرناه

فصل

وإذا كان الولى موسراً فلا يأكل من مال اليتيم شيئا إذا لم يكن أباً ، لقوله تعالى (٤ - ٦ ومن كان غنياً فليستعفف) وإن كان فقيراً فله أقل الأمرين : من أجرته أو قدر كفايته ، لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً ؛ فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه ؛ فإذا أكل منه ذلك القدر ثم أيسر ، فإن كان أباً لم يلزمه عوضه رواية واحدة ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها ، وان كان غير الأب فهل يلزمه عوض ذلك ؟ على روايتين

إحداهما لا يلزمه ، وهو قول الحسن والنخعى وأحد قولى الشافعى ، لأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض ، فأشبه سائر ما أمر بأكله ، ولأنه عوض من عمله فلم يلزمه بدله كالأجير والمضارب .

والثانية يلزمه عوضه ، وهو قول عبيدة السلمانى وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبى العالية ، لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره ، فلزمه قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره ، والأول أصح ، لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجبا فى الذمة قبل اليسار ؛ فإن اليسار ليس بسبب للوجوب ، فاذا لم يجب بالسبب الذى هو الأكل لم يجب بعده وفارق المضطر ، فان العوض واجب عليه فى ذمته ولانه لم يأكله عوضا عن شىء وهذا بخلافه

(فصل) فأما قرض مال اليتيم فاذا لم يكن فيه حظ له لم يجز قرضه ، فمتى أمكن الولى التجارة به أو تحصيل عقار له فيه الحظ لم يقرضه ، لأن ذلك يفوت الحظ على اليتيم ، وإن لم يمكن ذلك وكان قرضه حظا لليتيم جاز .

قال أحمد . لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحمد إن عمر استقرض مال اليتيم ، قال إنما استقرض نظراً لليتيم واحتياطا إن أصابه بشيء غرمه

قال القاضي : ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال فى بلد فيريد نقله الى بلد آخر فيقرضه من رجل فى ذلك البلد ليقضيه بدله فى بلده ، يقصد بذلك حفظه من الغرر فى نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو نحوهما ، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته ، أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفا أن يسوس أو تنقص قيمته ، وأشباه هذا ، فيجوز القرض لأنه مما لليتيم فيه الحظ فجاز كالتجارة به . وان لم يكن فيه حظ . وانما قصد ارفاق المقترض وقضاء حاجته ، فهذا غير جائز لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته ، وان أراد الولى السفر لم يكن له المسافرة بماله وقرضه لثقة أمين أولى من ايداعه لان الوديعة لا تضمن اذا تلفت فان لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله ايداعه لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه ، فانه ربما رأى الإيداع أحظ له من القرض فلا يكون مفرطا ، وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز الا لملىء أمين ليأمن جحوده وتعذر الإيفاء ، وينبغى أن يأخذ رهنا ان أمكنه ، وان تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه فى ظاهر كلام أحمد ، لأن الظاهر ممن يستقرضه من أجل حظ اليتيم أنه لا يبذل رهنا ، فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ

وقال أبو الخطاب يقرضه اذا أخذ بالقرض رهنا ، فظاهر هذا أنه لا يقرضه الا برهن ، لان فيه احتياطا للمال وحفظا له عن الجحد والمطل ، وان أمكنه أخذ الرهن فالاولى له أخذه احتياطا على المال وحفظا له ، فان تركه احتمل أن يضمن ان ضاع المال لتفريطه . واحتمل أن لا يضمن لان الظاهر سلامته . وهذا ظاهر كلام احمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصى أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين ، لانه متصرف بالإذن فى مال غيره فأشبه الوكيل . وقال القاضى يجوز ذلك للوصى ، وفى الوكيل روايتان ، وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصى بخلافه

(فصل) وإذا ادعى الولى الانفاق على الصبى أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله ، أو ادعى أنه باع عقاره لحظه أو بناه لمصلحته ، أو أنه تلف ُقبل قوله . وقال أصحاب الشافعى : لا يمضى الحاكم بيع الأمين والوصى حتى يثبت عنده الحظ ببينة ، ولا يقبل قولهما فى ذلك ويقبل قول الأب والجد

ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله فى الحظ كالأب والجد ، ولأنه يقبل قوله فى عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار . فيقبل قوله فى العقار كالأب ، وإذابلغ الصبى فادعى أنه لا حظ له فى البيع لم يقبل إلا ببينة ، فإن لم تكن بينة فالقول قول الولى مع يمينه . وان قال الولى : أنفقت عليك منذ ثلاث سنين وقال الغلام: مامات أبى إلا منذ سنتين فالقول قول الغلام ذكره القاضى ، لأن الاصل حياة والده واختلافهما فى أمر ليس الوصى أمينا فيه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) قال أحمد : يجوز للوصى البيع على الغائب البالغ اذا كان من طريق النظر . وقال أصحابنا : يجوز للوصى البيع على الصغار والكبار اذا كانت حقوقهم مشتركة فى عقار فى قسمه اضرار وبالصغار حاجة الى البيع ، إما لقضاء دين أو مؤنة لهم . وقال أبو حنيفة وابن أبى ليلى: يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لابد منه . ولعلهما أرادا هذه الصورة ، لأن فى ذلك نظراً للصغار واحتياطا للميت فى قضاء دينه . وقال الشافعى : لا يصح بيعه على الكبار لانه تصرف فى مال غيره من غير وكالة ولا ولاية فلم يصح كبيع ماله المفرز ، أو مالا تضر قسمته ، وهذا هو الصحيح وما ذكروه لا أصل له يقاس عليه ، ويعارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع ما لهم بغير اذنهم ، ولأنه لا يجوز له بيع غير العقار ، فلم يجز له بيع العقار كالاجنبى .

فصل

ويصح تصرف الصبى المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولى فيه فى احدى الروايتين ، وهو قول أبى حنيفة

والثانية لا يصح حتى يبلغ ، وهو قول الشافعى ، لانه غير مكلف أشبه غير المميز ، ولأن العقل لايمكن الوقوف منه على الحد الذى يصلح به التصرف لخفائه

وتزايده تزايدا خفى التدريج ، فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة

ولنا قول الله تعالى (٤ - ٦ وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه: اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء. وليعلم هل يغبن أو لا ؛ ولأنه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد ، وفارق غير المميز ، فإنه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ؛ ولا حاجة الى اختباره لأنه قد علم حاله . وقولهم « ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه » قلنا : يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة ، كما يعلم فى حق البالغ ، فإن معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه ، كذا ههنا . فأما ان تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولى . وهو قول أبى حنيفة . ومبنى ذلك على ما اذا تصرف فى مال غيره بغير اذنه . وقد ذكرناها فيما مضى . وأما غير المميز فلا يصح تصرفه ، وان أذن له الولى فيه الا فى الشىء اليسير ، كما روى عن أبى الدرداء « انه اشترى من صبى عصفورا فأرسله» ذكره ابن أبى موسى

« مسألة » قال (وما استدان العبد فهو فى رقبته يفديه سيده أو يسلمه ، فإن جاوز ما استدان قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته ، الا أن يكون مأذوناً له فى التجارة فيلزم مولاه جميع ما استدان)

فى هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها فى استدانة العبد — يعنى أخذه بالدين . يقال : ادّان واستدان وتدين قال الشاعر :

يؤنبنى فى الدين قومى ، وانما تدينت فيما سوف يكسبهم حمدا

والعبيد قسمان : محجور عليه ، فما لزمه من الدين بغير رضى سيده ، مثل أن يقترض أو يشترى شيئا فى ذمته ، ففيه روايتان :

احداهما يتعلق برقبته ، اختارها الخرقى وأبو بكر ، لأنه دين لزمه بغير اذن سيده ، فتعلق برقبته كأرش جنايته

والثانية : يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر . وهذا مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الأمة وكالحر

القسم الثاني : المأذون له في التصرف أو في الاستدانة ، فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد أو برقبته ؟ على روايتين . وقال مالك والشافعي : ان كان في يده مال قضيت ديونه منه ، وان لم يكن في يده شيء تعلق بذمته ، يتبع به اذا عتق وأيسر ، لأنه دين ثبت برضى من له الدين ، أشبه غير المأذون له ، فوجب أن لا يتعلق برقبته ، كما لو استقرض بغير اذن سيده . وقال أبو حنيفة : يباع اذا طالب الغرماء ببيعه ، وهذا معناه أنه تعلق برقبته ، لأنه دين ثبت برضى من له الدين ، فيباع فيه كما لو رهنه

ولنا أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامناً ، كما لو قال لهم داينوه ، أو أذن في استدانة تزيد على قيمته ، ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن فيه ، مثل ان أذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره ، فانه لا ينفك عن التغرير اذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضا .

الفصل الثاني فيما لزمه من الدين من أروش جناياته أو قيم متلفاته . فهذا يتعلق برقبة العبد على كل حال . مأذونا أو غير مأذون . رواية واحدة . وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وكل ما يتعلق برقبته فان السيد يتخير بين تسليمه للبيع وبين فدائه . فان سلمه فبيع وكان ثمنه أقل من أرش جنايته فليس للمجني عليه الا ذلك لأن العبد هو الجاني فلا يجب على غيره شيء : وان كان ثمنه أكثر فالفضل لسيده

وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد أن السيد لا يرجع بالفضل . ولعله يذهب الى أنه دفعه اليه عوضا عن الجناية فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه اياه عوضا عن الجناية . وهذا ليس بصحيح فان المجني عليه لا يستحق أكثر من قدر أرش الجناية عليه كما لو جنى عليه حر . والجاني لا يجب عليه أكثر من قدر جنايته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن . ولا يصح قولهم انه دفعه عوضا . لانه لو كان عوضا لملكه المجني عليه ولم يبع في الجناية . وانما دفعه ليباع

فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد اليه الباقى ، ولذلك لو أتلف درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك لعجزه عن أداء الدرهم من غير ثمنه ، وإن اختار السيد فداءه لزمه أقل الأمرين : من قيمته أو أرش جنايته لأن أرش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجانى لعدم الجناية من غيره وإنما تجب قيمته ، وإن كان أقل فلم يجب بالجناية إلا هو ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يلزمه أرش جنايته بالغا ما بلغ لأنه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من ثمنه فإذا منع بيعه لزمه جميع الأرش لتفويته ذلك ، وللشافعى قولان كالروايتين .

الفصل الثالث فى تصرفاته : أما غير المأذون : فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال لأنه تصرف من المحجور فيما حجر عليه فيه . فأشبه المفلس ، ولأنه تصرف فى ملك غيره بغير إذنه فهو كتصرف الفضولى ، ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كذلك ، وأما شراؤه بثمن فى ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لأنه محجور عليه أشبه السفيه ، ويحتمل أن يصح لأن الحجر لحق غيره ، أشبه المفلس والمريض ويتفرع عن هذين الوجهين : أن التصرف وإن كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله إن كان باقيا سواء كان فى يد العبد أو السيد ، وإن كان تالفاً فله قيمته أو مثله إن كان مثليا فإن تلف فى يد السيد رجع بذلك عليه لأن عين ماله تلف فى يده ، وإن شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لأنه الذى أخذه منه ، وإن تلف فى يد العبد فالرجوع عليه ، وهل يتعلق برقبته أو ذمته . على روايتين ، وإن قلنا التصرف صحيح والمبيع فى يد العبد فللبائع فسخ البيع ، وللمقرض الرجوع فيما أقرض لأنه قد تحقق إعسار المشترى والمقترض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وإن كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك وله ذلك لأنه أخذ من عبده مالا فى يده بحق فهو كالصيد فإذا ملكه السيد كان كهلاكه فى يد العبد ، ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال ، وإن كان قد تلف استقر ثمنه فى رقبة العبد أو فى ذمته ، سواء تلف فى يد العبد أو السيد .

وأما العبد المأذون له فيصح تصرفه فى قدر ما أذن له فيه . لا نعلم فيه خلافا ، ولا يصح فيما زاد ، نص عليه أحمد . وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة . إذا أذن

له فى نوع انفك الحجر عنه وجاز له التصرف مطلقا لان الحجر لا يتجزأ . فإذا زال بعضه زال كله .

ولنا انه متصرف بالإذن ، فاختص تصرفه بمحل الاذن كالوكيل ، وقولهم . إن الحجر لا يتجزأ ، لا يصح . فإنه لو صرح بالاذن له فى بيع عين ونهيه عن بيع أخرى صح ، وكذلك فى الشراء كالوكيل وإن أذن لهالسيد فى ضمان أو كفالة ففعل صح ، وهل يتعلق بذمة السيد أو رقبة العبد . على وجهين : وإن رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر بذلك مأذونا له .

الفصل الرابع فى تصرفاته . إن كان مأذونا له فى التجارة قبل إقراره فى قدر ما أذن له ولم يقبل فيما زاد ولا يقبل إقرار غير المأذون له بالمال فإن أقر بعين فى يده أو دين يتعلق برقبته لم يقبل على سيده لانه يقر بحق على غيره فلم يقبل كما لو أقر ان سيده باعه ، ويثبت ذلك فى ذمته يتبع به بعد العتق ، وان أقر بجناية استوى فى ذلك المأذون له وغيره ، وينقسم ذلك اقساما اربعة .

احدها . جناية موجبها المال كإتلافه او جناية خطأ او شبه عمد أو جناية عمد فيما لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فلا يقبل إقراره بها لانه اقرار بالمال فلم يقبل كما لو اقر بدراهم او دنانير .

القسم الثانى . جناية موجبها حد سوى السرقة او قصاص فيما دون النفس فيقبل اقراره بذلك ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعى ، وقال زفر وداود والمزنى وجرير . لا يقبل لانه يسقط به حق السيد فلا يقبل كالاقرار بجناية الخطأ

ولنا ما روى عن على رضى الله عنه « انه قطع يد عبد باقراره بالسرقة ، وجلد عبداً اقر عنده بالزنا نصف الحد » ولا مخالف له فى الصحابة فكان اجماعا ولان ما لا يقبل اقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه اقرار العبد كالطلاق ولان العبد غير متهم فيه لان ضرره به اخص وهو بألمه امس فقبل اقراره كما لو اقرت به الزوجة وخرج على هذين المعنيين جناية الخطأ فان اقرار السيد بها مقبول ولا يتضرر العبد بها .

القسم الثالث . اقراره بالسرقة يقبل فى الحد فيقطع ، ولا يقبل فى المال ، سواء كانت العين تالفة أو باقية فى يد السيد أو فى يد العبد ، وبهذا قال الشافعى

ويحتمل أن لا يقطع إذا أقر بسرقة عين موجودة فى يده ، وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن العين محكوم بها لسيده فلا يقطع بسرقة عين لسيده ولأن المطالبة بالمسروق شرط فى القطع ، وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ، ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .

ولنا خبر على رضى الله عنه : ولأنه مقر بسرقة عين تبلغ نصابا فوجب قطعه كما لو أقر حر بسرقة عين فى يد غيره ، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة وانما لم ترد العين إلى المسروق منه لحق السيد ، وأما فى حق العبد فقد يثبت للمقر له : ولهذا لو عتق وعادت العين إلى يده لزمه ردها إلى المقر له .

القسم الرابع . الاقرار بما يوجب القصاص فى النفس ، فروى عن أحمد : أنه لا يقبل ، وعموم قول الخرقى . إن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك . يقتضى قبول إقراره ، وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لأنه أقر بما يوجب قصاصاً فقبل ، كإقراره بقطع اليد ، ولأنه أحد نوعى القصاص فقبل إقراره به كالآخر ، ولأنه لا يقبل إقرار سيده عليه به فقبل إقراره به كالحد ، واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يقبل اقراره بالقصاص أصلا لانه إقرار على مال سيده ولانه متهم اذ يحتمل أن يكون عن مواطأة بينهما ليعفو على مال فيستحق رقبة العبد ، ولذلك لم تحمل العاقلة اعترافا فتركنا موجب القياس لخبر على رضى الله عنه ، ففيما عداه يبقى على موجب القياس ويفارق القصاص فى النفس القصاص فى الطرف لانه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده ولو بفوات نفسه ، وكل موضع حكمنا بقبول اقراره بالقصاص ، فحكمه حكم الثابت بالبينة ، فلولى الجناية العفو والاستيفاء والعفو على مال فإن عفى تعلق الارش برقبة العبد على ما مر بيانه ، ويحتمل أن لا يملك العفو على مال لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بمال .

« مسألة » قال ﴿ وبيع الكلب باطل ، وان كان معلما ﴾

لا يختلف المذهب فى أن بيع الكلب باطل ، أى كلب كان ، وبه قال الحسن وربيعة وحماد والاوزاعى والشافعى وداود ، وكره أبو هريرة ثمن الكلب ، ورخص

فى ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعى ، وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ أثمانها ، وعنه رواية فى الكلب العقور أنه لا يجوز بيعه ، واختلف أصحاب مالك . فمنهم من قال ، لا يجوز ، ومنهم من قال . الكلب المأذون فى امساكه يجوز بيعه ويكره ، واحتج من أجاز بيعه بما روى عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور ، الا كلب الصيد » ولانه يباح الانتفاع به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار .

ولنا ما روى أبو مسعود الانصارى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغى وحلوان الكاهن » متفق عليه ؛ وعن رافع بن خديج قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثمن الكلب خبيث ، ومهر البغى خبيث ، وكسب الحجام خبيث » متفق عليهما . وروى عن ابن عباس أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ، فان جاء يطلبه فاملؤا كفه ترابا » رواه أبو داود ، ولانه حيوان نهى عن اقتنائه فى غير حال الحاجة اليه أشبه الخنزير ، أو حيوان نجس العين أشبه الخنزير ؛ فأما حديثهم فقال احمد . هذا من الحسن ابن ابى جعفر وهو ضعيف ، وقال الدارقطنى ، الصحيح انه موقوف على جابر ، وقال الترمذى ، لا يصح اسناد هذا الحديث ، وقد روى عن ابى هريرة ولا يصح ايضا ، ويحتمل انه اراد ، ولا كلب صيد ، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك ، قال الشاعر

وكل اخ مفارقه اخوه   لعمرو ابيك الا الفرقدان

اى والفرقدان ، ثم هذا الحديث حجة على من اباح بيع غير كلب الصيد

(فصل) ولا تجوز اجارته ، نص عليه احمد ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم يجوز لانها منفعة مباحة فجازت المعاوضة عنها كنفع الحمير

ولنا انه حيوان محرم بيعه لخبثه فحرمت اجارته كالخنزير ، وقياسهم ينتقض بضراب الفحل ، فانها منفعة مباحة ، ولا يجوز اجارتها ، ولان اباحة الانتفاع لم تبح بيعه فكذلك اجارته ، ولان منفعته لا تضمن فى الغصب فانه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لذلك عوض فلم يجز أخذ العوض عنها فى الاجارة كنفع الخنزير

فصل

وتصح الوصية بالكلب الذى يباح اقتناؤه لانها نقل لليد فيه من غير عوض وتصح هبته لذلك ، وقال القاضى ، لا تصح لانها تمليك فى الحياة أشبهت البيع والاول أصح ، ويفارق البيع لانه يؤخذ عوضه وهو محرم ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

« مسألة » قال (ومن قتله وهو معلم فقد أساء ، ولا غرم عليه)

أما قتل المعلم فحرام وفاعله مسيء ظالم ، وكذلك كل كلب مباح امساكه لانه محل منتفع به يباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، ولا غرم على قاتله ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك وعطاء عليه الغرم لما ذكرنا فى تحريم اتلافه

ولنا أنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير . وانما يحرم اتلافه لما فيه من الاضرار . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الضرر والاضرار

(فصل) فأما قتل ما لا يباح امساكه فان الكلب الاسود البهيم يباح قتله لانه شيطان . قال عبد الله بن الصامت سألت أبا ذر فقلت « ما بال الاسود من الاحمر من الابيض ؟ فقال . سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتنى . فقال الكلب الاسود شيطان » رواه مسلم وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « لولا ان الكلاب امة من الامم لأمرت بقتلها . فاقتلوا منها كل أسود بهيم » ويباح قتل الكلب العقور : لما روت عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن فى الحل والحرم : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ويقتل كل واحد من هذين وان كان معلما للخبرين . وعلى قياس الكلب العقور . كل ما آذى الناس وضرهم فى أنفسهم وأموالهم يباح قتله لانه يؤذى بلا نفع اشبه الذئب . وما لا مضرة فيه لا يباح قتله لما ذكرنا من الخبر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم

« أنه أمر بقتل الكلاب حتى إن المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله ، ثم نهى عن قتلها وقال : عليكم بالأسود البهيم ذى الطفيتين [1] ، فإنه شيطان » رواه مسلم .

(فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد أو كلب ماشية أو حرث . لما روى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من اتخذ كلبا إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط » .

وعن ابن عمر قال . سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول « من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان ، قال سالم : وكان أبو هريرة يقول : أو كلب حرث » متفق عليه . وإن اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر ، ويحتمل الإباحة وهو قول أصحاب الشافعى ، لأنه فى معنى الثلاثة ، فيقاس عليها : والأول أصح : لأن قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما يتناول الخبر تحريمه قال القاضى : وليس هو فى معناها فقد يحتال اللص لاخراجه بشىء يطعمه إياه ثم يسرق المتاع ، وأما الذئب فلا يحتمل هذا فى حقه ، ولأن اقتناءه فى البيوت يؤذى المارة بخلاف الصحراء .

﴿ فصل ﴾

فأما تربية الجرو الصغير لأحد الأمور الثلاثة ، فيجوز فى أقوى الوجهين ، لأنه قصده لذلك ، فيأخذ حكمه ، كما يجوز بيع العبد الصغير والجحش الصغير الذى لانفع فيه فى الحال لمآله إلى الانتفاع ، ولأنه لو لم يتخذ الصغير ما أمكن جعل الكلب للصيد ، اذ لا يصير معلما الا بالتعليم : ولا يمكن تعليمه الا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها ، قال الله تعالى (٥ : ٤ وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم .

والوجه الثانى : لا يجوز ، لأنه ليس من الثلاثة .

(فصل) ومن اقتنى كلبا لصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود اليه لم يحرم اقتناؤه فى مدة تركه ، لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وكذلك لو حصد صاحب

---

(١) المعروف فى الحديث « اقتلوا من الحيات ذا الطفيتين والأبتر » وأصل الطفية خوصة المقل فكأنه شبه الخطين على ظهر الحية بالطفيتين :

الزرع زرعه أبيح له إمساك الكلب إلى أن يزرع زرعا آخر ؛ ولو هلكت ماشيته فأراد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينتفع به فى التى يشتريها ، فأما إن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى كلب الصيد مطلقا ، واحتمل المنع ، لأنه اقتناه لغير حاجة أشبه غيره من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد . أى كلب يصيد به ، وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثا أو ماشيه إن حصلت أو يصيد به ان احتاج الى الصيد ، وليس له فى الحال حرث ولا ماشية يحتمل الجواز لقصده ذلك ، كما لو حصد الزرع وأراد أن يزرع غيره .

(فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة ولا الدم ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به ، وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر ، وعلى أن بيع الخنزير وشراؤه حرام ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » متفق عليه ؛ ولا يجوز بيع مالا منفعة فيه ، كالحشرات كلها وسباع البهائم التى لا تصلح للاصطياد ، كالأسد والذئب ، ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير ، كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين وبيضها فكل هذا لا يجوز بيعه ، لانه لا نفع فيه فأخذ ثمنه أكل مال بالباطل .

(فصل) ولا يجوز بيع السرجين النجس ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : يجوز لان أهل الامصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير . فكان إجماعا .

ولنا : أنه مجمع على نجاسته ، فلم يجز بيعه كالميتة ، وما ذكروه فليس بإجماع ، فإن الاجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد ، ولأنه رجيع نجس فلم يجز بيعه ، كرجيع الآدمى .

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها ولا نعلم فى ذلك خلافا ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « قال الله عز وجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » رواه البخارى .

« مسألة » قال ﴿ وبيع الفهد والصقر المعلم جائز ، وكذلك بيع الهر ، وكل مافيه المنفعة ﴾

وجملة ذلك : أن كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف ، وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ، لأن الملك سبب لاطلاق التصرف ، والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلا اليها ودفعاً لحاجته بها ، كسائر ماأبيح بيعه . وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة الأنعام والخيل والصيود ، أو مختلفاً في نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والشاهين العقاب والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغاء وأشباه ذلك ، فكله يجوز بيعه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى : لا يجوز بيع الفهد والصقر ونحوهما ، لانها نجسة ، فلم يجز بيعها كالكلب .

ولنا أنه حيوان أبيح اقتناؤه وفيه نفع مباح من غير وعيد في حبسه فأبيح بيعه كالبغل ، وما ذكراه يبطل بالبغل والحمار ، فإنه لا خلاف في اباحة بيعهما وحكمها حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة واباحة الاقتناء والانتفاع ، وأما الكلب فإن الشرع توعد على اقتنائه وحرمه الا في حال الحاجة ، فصارت اباحته ثابتة بطريق الضرورة بخلاف غيره ، ولان الاصل الاباحة ، بدليل قول الله تعالى ٢ : ٢٧٥ وأحل الله البيع) ولما ذكرنا من المعنى خرج منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا ، فبقي على أصل الاباحة .

وأما الهر : فقال الخرقي : يجوز بيعها ، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه كره ثمنها ، وروى ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد ، واختاره أبو بكر ، لما روى مسلم عن جابر « أنه سئل عن ثمن السنور فقال زجر النبي (ص) عن ذلك » وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر « أن النبي (ص) نهى عن ثمن السنور » قال الترمذي : هذا حديث حسن ، وفي اسناده اضطراب .

ولنا ما ذكرنا فيما يصاد به من السباع ، ويحمل الحديث على غير المملوك منها أو مالا نفع فيه منها ، بدليل ما ذكرنا ، ولأن البيع شرع طريقا للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة ليصل كل واحـــد الى الانتفاع بما فى يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغى أن يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد الى الانتفاع بما فى يد صاحبه فما يباح الانتفاع به ينبغى أن يجوز بيعه .

(فصل) فإن كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه ، لعدم النفع به ، وان كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه ، لأن مآله الى الانتفاع فأشبه الجحش الصغير .

(فصل) فأما ما يصاد عليه كالبومة التى يجعلها شباشا لتجمع الطير إليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع ، لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان ، وكذلك اللقلق ونحوه .

فصـــل

فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير ، فإن كان مما لا نفع فيه لم يجز بيعه ، طاهراً كان أو نجساً ، وان كان ينتفع به بأن يصير فرخا وكان طاهراً جاز بيعه ، لأنه طاهر منتفع به ، أشبه أصله ، وان كان نجسا كبيض البازى والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه ، وقال القاضى : لا يجوز بيعه ؛ لأنه نجس لاينتفع به فى الحال وهذا ملغى بفرخه وبالجحش الصغير .

(فصل) قال أحمد : أكره بيع القرد ، قال ابن عقيل : هذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب ، فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز ، لانه كالصقر والبازى ، وهذا مذهب الشافعى . وقياس قول أبى بكر وابن أبى موسى المنع من بيعه مطلقا .

(فصل) وفى بيع العلق التى ينتفع بها مثل التى تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم ، والديدان التى تترك فى الشص فيصاد بها السمك وجهان :

أصحهما : جواز بيعها لحصول نفعها فهى كالسمك .

والثانى : لا يجوز ، لانها لا ينتفع بها الا نادراً فأشبهت ما لا نفع فيه .

(فصل) ويجوز بيع دود القز وبزره ، وقال أبو حنيفة فى رواية عنه : إن كان

مع دود القز قز جاز بيعه والا فلا ، لأنه لا ينتفع بعينه ، فهو كالحشرات ، وقيل لا يجوز بيع بزره .

ولنا أن الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه ، أشبه البهائم ، ولان الدود وبزره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب ، وقوله : لا ينتفع بعينه ، يبطل بالبهائم التى لا يحصل منها نفع سوى النتاج ويفارق الحشرات التى لا نفع فيها أصلا ، فإن نفع هذه كثير ؛ لان الحرير الذى هو أشرف ملابس الدنيا إنما يحصل منها .

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع ؛ وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعها منفردة ، لما ذكر فى دود القز .

ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام ، واختلف أصحابنا فى بيعها فى كواراتها ، فقال القاضى : لا يجوز ، لانه لا يمكن مشاهدة جميعها ، ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعها معها وهو مجهول ، وقال أبو الخطاب : يجوز بيعها فى كواراتها ومنفردة عنها ، فإنه يمكن مشاهداتها فى كواراتها إذا فتح رأسها ، ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة ، وكما لو كان فى وعاء ، فان بعضه يكون على بعض ، فلا يشاهد إلا ظاهره ، والعسل يدخل فى البيع تبعاً ، فلا تضر جهالته ، كأساسات الحيطان ، فان لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته .

(فصل) ذكر الخرقى . أن الترياق لا يؤكل لانه يقع فيه لحوم الحيات ، فعلى هذا لا يجوز بيعه ، لان نفعه إنما يحصل بالأكل وهو محرم فخلا من نفع مباح ، فلم يجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوى به ولا بسم الأفاعى [1] فأما السم من الحشائش والنبات فان كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليله لم يجز بيعه لعدم نفعه

---

(١) أكل الحيات غير محرم إجماعا ، بل أباحه مالك وغيره ، فما ثبت عند الاطباء من نفع الترياق أوغيره من الادوية التى يدخل فيها سمها فهو مباح على أن المحرم لذاته يباح للضرورة ، والمحرم لسد الذريعة يباح للحاجة ، كما فى أعلام الموقعين .

وإن انتفع به وأمكن التداوى بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه . لأنه طاهر منتفع به أشبه بقية المأكولات .

(فصل) ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ قولا واحداً . قاله ابن أبى موسى وفى بيعه بعد الدبغ عنه خلاف ، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال « إن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب » وأما غير ذلك نحو ريش الطير التى لها مخلب أو بعض جلود السباع التى لها أنياب فإن بيعها أسهل لأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما نهى عن أكل لحومها ؛ والصحيح عنه : أنه لا يجوز ، وهذا ينبنى على الحكم بنجاسة جلود الميتة ، وأنها لا تطهر بالدباغ ، وقد ذكرنا ذلك فى بابه

(فصـــل)

فأما بيع لبن الآدميات فقال أحمد أكرهه ، واختلف أصحابنا فى جوازه فظاهر كلام الخرقى جوازه لقوله وكل مافيه المنفعة وهذا قول ابن حامد ومذهب الشافعى ، وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه وهو مذهب أبى حنيفة ومالك لأنه مائع خارج من آدمية ، فلم يجز بيعه كالعرق ولأنه من آدمى فأشبه سائر أجزائه والأول أصح ، لأنه لبن طاهر منتفع به ، فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولأنه يجوز أخذ العوض عنه فى إجارة الظئر فأشبه المنافع ، ويفارق العرق فإنه لا نفع فيه ، ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها ، وسائر أجزاء الآدمى يجوز بيعها ، فانه يجوز بيع العبد والأمة وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه [1]

(فصل) واختلفت الرواية فى بيع رباع مكة وإجارة دورها ، فروى أن ذلك غير جائز ، وهو قول أبى حنيفة ومالك والثورى وأبى عبيد وكرهه إسحاق ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مكة « لا تباع رباعها ولا تكرى بيوتها » رواه الأثرم باسناده . وعن مجاهد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام بيع رباعها حرام إجارتها » وهذا نص

---

(١) مفهومه أنه يجوز بيعه إذا انتفع به ، وهذا حاصل فى عصرنا فى الجلد تسلخ قطعة منه ويرقع بها البدن ، وفى غير ذلك

رواه سعيد بن منصور فى سننه ، وروى « أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » ذكره مسدد فى مسنده ، ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم ، فكانت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التى فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها ، والدليل على أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وأنها لم تحل لأحد قبلى ولا تحل لأحد بعدى ، وإنما أحلت لى ساعة من نهار » متفق عليه ، وروت أم هانىء قالت « أجرت حموين لى ، فأراد على أخى قتلهما ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول انى أجرت حموين لى ، فزعم ابن أمى على أنه قاتلهما ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : قد أجرنا من أجرت أو أمنا من أمنت يا أم هانى » متفق عليه ، ولذلك أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة ، فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن صبابة ؛ وهذا يدل على أنها فتحت عنوة

والرواية الثانية أنه يجوز بيع رباعها وإجارة بيوتها وروى ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر وهو أظهر فى الحجة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما قيل له « أين تنزل غداً ؟ قال وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه ، يعنى أن عقيلا باع رباع أبى طالب لانه ورثه دون إخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً . ولأن أصحاب النبى (ص) كانت لهم دور بمكة لابى بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبى سفيان وسائر أهل مكة . فنهم من باع ومنهم من ترك داره فهى فى يد أعقابهم وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة . فقال ابن الزبير « بعت مكرمة قريش فقال : يا ابن أخى ذهبت المكارم إلا التقوى » أو كما قال : واشترى معاوية دارين ، واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف . ولم يزل أهل مكة يتصرفون فى دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجماعا . وقد قرره النبى (ص) بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ومن أغلق عليه بابه فهو آمن » وأقرهم فى دورهم ورباعهم ولم ينقل أحدا عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم . وكذلك من بعده من الخلفاء . حتى أن عمر رضى الله عنه مع شدته فى الحق لما احتاج الى دار السجن لم يأخذها الا بالبيع

ولأنها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الأرض . وما روى من الأحاديث فى خلاف هذا فهو ضعيف ، وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذى لا يمكن دفعه ، إلا أن النبى (ص) أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم ، فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم

وعلى القول الأول : من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته ، ومن احتاج الى مسكن فله بذل الأجرة فيه ، وان احتاج الى الشراء فله ذلك ، كما فعل عمر رضى الله عنه . وكان أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجرتها ، فإن سكن بأجرة فأمكنه أن لا يدفع اليهم الأجرة جاز له ذلك لانهم لا يستحقونها

وقد روى أن سفيان سكن فى بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم أجرة فأدركوه فأخذوها منه ، وذكر لاحمد فعل سفيان فتبسم . فظاهر هذا أنه أعجبه . قال ابن عقيل : والخلاف فى غير مواضع المناسك ، أما بقاع المناسك كموضع السعى والرمى فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل)

ومن بنى بناء بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها ، كما يجوز بيع أبنية الوقوف وأنقاضها ، وان كانت من تراب الحرم وحجارته انبنى جواز بيعها على الروايتين فى بيع رباع مكة لانها تابعة لمكة ، وهكذا تراب كل وقف وأنقاضه قال أحمد : وأما البناء بمكة فإنى أكرهه . قال إسحاق : البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل ، وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قيل له : ألا تبنى لك بمنى بيتا ؟ فقال منى مناخ لمن سبق »

(فصل) قال أحمد : لا أعلم فى بيع المصاحف رخصة . ورخص فى شرائها وقال الشراء أهون ، وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير وإسحاق وقال ابن عمر « وددت أن الايدى تقطع فى بيعها » وقال أبو الخطاب : يجوز بيع المصحف مع الكراهة ، وهل يكره شراؤه وإبداله ؟ على روايتين ورخص فى بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعى وأصحاب الرأى، لان البيع يقع على الجلد والورق وبيع ذلك مباح

ولنا قول الصحابة رضى الله عنهم ولم نعلم لهم مخالفاً فى عصرهم ولأنه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانته عن البيع والابتذال (١) . وأما الشراء فهو أسهل لأنه استنقاذ للمصحف وبذل لماله فيه فجاز كما أجاز شراء رباع مكة واستئجار دورها من لا يرى بيعها ولا أخذ أجرتها ، وكذلك أرض السواد ونحوها وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لا يكره مع كراهة كسبه ، وان اشترى الكافر مصحفاً فالبيع باطل ، وبه قال الشافعى وأجازه أصحاب الرأى وقالوا يجبر على بيعه لأنه أهل للشراء والمصحف محل له

ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمنع من ابتدائه كسائر مايحرم بيعه ، وقد نهى النبي (ص) عن المسافرة بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم ، فلا يجوز تمكينهم من التوصل إلى نيل أيديهم إياه

(فصل) ولا يصح شراء الكافر مسلما ، وهذا قول مالك فى احدى الروايتين عنه والشافعى فى احد القولين . وقال أبو حنيفة . يصح ويجبر على ازالة ملكه لأنه يملك المسلم بالإرث ويبقى ملكه عليه اذا أسلم فى يده ، فصح شراؤه له كالمسلم

ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع ابتداءه كالنكاح ، ولأنه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر . فلم يصح كالنكاح ، والملك بالإرث والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار ، بدليل ثبوته بهما للمحرم فى الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من ثبوت الاقوى ثبوت ما دونه ، مع إننا نقطع الاستدامة عليه بمنعه منها وإجباره على إزالتها .

(فصل)

ولو وكل كافر مسلما فى شراء مسلم لم يصح الشراء ، لأن الملك يقع للموكل ، ولأن الموكل ليس بأهل لشرائه فلم يصح أن يشترى له : كما لو وكل مسلم ذمياً فى شراء خمر ، وإن وكل المسلم كافراً يشترى له مسلماً فاشتراه ففيه وجهان :

---

(١) عجيب أن يشددوا فى بيع المصحف لتوهمهم أنه ابتذال لكلام الله ، وليس فيه إلا المعاونة على نشر كتاب الله وتيسير النفع به

أحدهما يصح لأن المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم والملك يثبت للمسلم ههنا فلم يتحقق المانع

والثاني لا يصح لأن ما منع من شرائه منع التوكيل فيه كالمحرم في شراء الصيد والكافر في نكاح المسلمة ، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلا لذمي في شراء خمر

فصـــل

وإن اشترى الكافر مسلماً يعتق عليه بالقرابة كأبيه وأخيه صح الشراء وعتق عليه في قول بعض أصحابنا ، وحكى فيه أبو الخطاب روايتين :

إحداهما لا يصح ، وهو قول بعض الاصحاب ؛ لأنه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه : ولأن ما منع من شرائه لم يبح له شراؤه ، وان زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد

والثانية يصح شراؤه ، لان المنع انما ثبت لما فيه من اهانة المسلم بملك الكافر له والملك ههنا يزول عقيب الشراء بالكلية ويحصل من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الإهانة بالملك في لحظة يسيرة ، ويفارق من لا يعتق عليه ، فإن ملكه لا يزول الا بإزالته ، وكذلك شراء المحرم للصيد فإنه لو ملكه لثبت ملكه عليه ولم يزل ، ولو قال كافر لمسلم : أعتق عبدك عني وعليّ ثمنه ففعل صح ، لأن اعتاقه ليس بتمليك ، وانما هو ابطال للرق فيه ، وانما حصل الملك فيه حكما فجاز ، كما يملكه بالإرث حكما ، ولأن مايحصل له بالحرية من النفع ينغمر فيه ما يحصل من الضرر بالملك فيصير كالمعدوم

وفيه وجه آخر : انه لا يصح بناء على شراء قريبه المسلم

(فصل) ولو أجر مسلم نفسه لذمي لعمل في ذمته صح ، لأن عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة ، وأتى بذلك النبي (ص) فأكله وفعل ذلك رجل من الانصار وأتى به النبي (ص) فلم ينكره ، ولأنه لا صغار عليه في ذلك ، وان استأجره في مدة كيوم أو شهر ففيه وجهان :

أحدهما لا يصح لان فيه استيلاء عليه وصغاراً ، أشبه الشراء

والثاني يصح وهو أولى ، لأن ذلك عمل في مقابلة عوض ، أشبه العمل

فى ذمته ولا يشبه الملك ، لأن الملك يقتضى سلطانا واستدامة وتصرفا بأنواع التصرفات فى رقبته بخلاف الإجارة

(فصـــل) ولا يجوز أن يفرق فى البيع بين كل ذى رحم محرم : وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : لا يحرم التفريق الا بين الام وولدها ، لأن النبي (ص) قال « من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذى وقال حديث حسن ، وقال « لا توله والدة عن ولدها » فخصها بذلك ، فدل على الإباحه فيما سواه . وقال الشافعى : يحرم بين الوالدين والمولودين وان سفلوا ولا يحرم بين من عداهم ، لان القرابة التى بينهم لاتمنع القصاص ولا شهادة بعضهم لبعض ، فلم تمنع التفريق فى البيع كابنى العم

ولنا ما روى أحمد فى المسند حدثنا غندر حدثنا سعيد بن أبى عروبة عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن على رضى الله عنه قال « أمرنى رسول الله (ص) أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهما ففرقت بينهما . فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا »

وروى عن أبى موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والاخ وأخيه » ولأن بينهما رحما محرما فلم يجز التفريق بينهما كالولد مع أمه . ويفارق ابنى العم فإنه ليس بينهما رحم محرم

(فصـــل)

فإن فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل ، وبه قال الشافعى فيما دون السبع ، وقال أبو حنيفة : البيع صحيح ، لان النهى لمعنى فى غير البيع ، وهو الضرر اللاحق بالتفريق فلم يمنع صحة البيع ، كالبيع فى وقت النداء

ولنا حديث على وأن النبي (ص) أمره بردهما . ولو لزم البيع لما أمكن ردهما ، وروى أبو داود فى سننه « أن عليا فرق بين الام وولدها فنهاه النبي (ص) فرد المبيع » ولانه بيع محرم لمعنى فيه ففسد كبيع الخمر ولا يصح ما قاله ، فإن ضرر التفريق حاصل بالبيع فكان لمعنى فيه

فأما تحديده بالسبع فإن عموم اللفظ يمنع ذلك ، ولا يجوز تخصيصه بغير دليل: وان كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز

وقال أبو الخطاب : فيه روايتان ، إحداهما : لا يجوز لعموم النهى ، والثانية يجوز وهى الصحيحة ، لما روى أن سلمة بن الأكوع « أتى أبا بكر بإمرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها فاستوهبهامنه النبي صلى الله عليه وسلم فوهبها له » « وأهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم مارية وأختها سيرين فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم سيرين لحسان بن ثابت وترك مارية له » ولأنه بعد البلوغ يصير مستقلا بنفسه ، والعادة التفريق بين الأحرار ، فإن المرأة تزوج ابنتها ويفرق بين الحرة وولدها إذا افترق الأبوان .

فصـــل

وإذا اشترى ممن فى ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمرابى ، فإن علم أن المبيع من حلال ماله فهو حلال ، وإن علم أنه حرام فهو حرام ، ولا يقبل قول المشترى عليه فى الحكم ، لأن الظاهر أن مافى يد الإنسان ملكه ، فإن لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لإمكان الحلال ، قل الحرام أو كثر ، وهذا هو الشبهة ، وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة وقلتها قال أحمد : لا يعجبنى أن يأكل منه ، لما روى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ؛ ألا وإن لكل ملك حمى ، وحمى الله محارمه » متفق عليه ، وهذا لفظ رواية مسلم .

وفى لفظ رواية البخارى « فمن ترك مااشتبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجترأ على مايشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع مااستبان » وروى الحسن ابن على عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دع ما يريبك الى مالا يريبك » وهذا مذهب الشافعى .

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب :

ما أصله الحظر كالذبيحة فى بلد فيها مجوس وعبدة أوثان يذبحون ، فلا يجوز شراؤها وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً لأن الأصل التحريم فلا يزول إلا بيقين أو ظاهر ، وكذلك إن كان فيها أخلاط من المسلمين والمجوس

لم يجز شراؤها لذلك ، والأصل فيه : حديث عدى بن حاتم أن رسول الله (ص) قال « إذا أرسلت كلبك فخالط كلبا لم يسم عليها فلا تأكل ، فإنك لا تدرى أيها قتله » متفق عليه ، فأما إن كان ذلك فى بلد الاسلام فالظاهر إباحتها ، لأن المسلمين لا يقرون فى بلدهم بيع مالا يحل بيعه ظاهراً .

والثانى : ما أصله الاباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم أبنجاسة تغير أم بغيرها ، فهو طاهر فى الحكم ، لأن الأصل الطهارة ، فلا تزول عنها الا بيقين أو ظاهر ، ولم يوجد واحد منهما ، والأصل فى ذلك : حديث عبد الله بن زيد قال « شكى الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه فى الصلاة أنه يجد الشيء قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً » متفق عليه .

والثالث : مالا يعرف له أصل كرجل فى ماله حلال وحرام ، فهذا هو الشبهة التى الأولى تركها على ما ذكرنا ، وعملا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه وجد تمرة ساقطة فقال : لولا أنى أخشى أنها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع .

(فصل)

وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان : وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد فى ذلك ، وممن كان لا يقبلها ، سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثورى وابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع والتوقى لا على أنها حرام ، فإن أحمد قال : جوائز السلطان أحب الى من الصدقه، وقال : ليس أحد من المسلمين ، الا وله فى هذه الدراهم نصيب ، فكيف أقول : إنها سحت ؟ وممن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة مثل الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر ، ورخص فيه الحسن البصرى ومكحول والزهرى والشافعى .

واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى من يهودى طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهوديا دعاه وأكل من طعامه » وقد أخبر الله تعالى أنهم أكالون للسحت .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال « لا بأس بجوائز السلطان فإن مايعطيكم

من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام ، وقال « لا تسأل السلطان شيئاً وان أعطى فخذ ، فإن مافى بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام » .

قال أحمد رحمه الله : فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام : يتصدق بالثلاثة وان كان معه مائتا درهم فيها عشرة حرام يتصدق بالعشرة ، لأن هذا كثير وذاك قليل ، فقيل له : قال سفيان : ما كان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج ، قال : نعم لا يجحف به .

قال القاضى : وليس هذا على سبيل التحديد ، وإنما هو على طريق الاختيار ، لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فإنه يسهل إخراج الكل ، والواجب فى الموضعين إخراج قدر الحرام والباقى مباح له : وهذا لأن تحريمه لم يكن لتحريم عينه ، وانما حرم لتعلق حق غيره به ، فإذا أخرج عوضه زال التحريم عنه كما لو كان صاحبه حاضراً فرضى بعوضه ، وسواء كان قليلا أو كثيراً ، والورع إخراج ما يتيقن به اخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك إلا بإخراج الجميع ، لكن لما شق ذلك فى الكثير ترك لأجل المشقة فيه واقتصر على الواجب ، ثم يختلف هذا باختلاف الناس ، فمنهم من لا يكون له إلا الدراهم اليسيرة فيشق اخراجها لحاجته اليها ، ومنهم من يكون له مال كثير فيستغنى عنها فيسهل اخراجها .

(فصل) قد ذكرنا أن الظاهر من المذهب لا يجوز بيع كل ماء عد كمياه العيون ونقع البئر فى أمانه قبل احرازه فى انائه ، ولا الكلأ فى مواضعه قبل حيازته ، فعلى هذا : متى باع الأرض وفيها كلأ أو ماء فلا حق للبائع فيه ، وقد ذكرنا رواية أخرى : أن ذلك مملوك ، وأنه يجوز بيعه ؛ فعلى هذه الرواية : ان باع الأرض فذكر الماء والكلأ فى البيع دخل فيه وان لم يذكره كان الماء الموجود والكلأ للبائع : لأنه بمنزلة الزرع فى الأرض ، والماء أصل بنفسه ، فهو كالطعام فى الدار فما يتجدد بعد البيع فهو للمشترى ، وعلى هذه الرواية : اذا باع من هذا الماء آصعا معلومة جاز ، لأنه كالصبرة ، وان باع كل ماء البئر لم يجز ، لأنه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجارى آصعا لم يجز ، لأن ذلك الماء يذهب ويأتى غيره .

فصـــل

وعلى كلتا الروايتين : متى كان الماء النابع فى ملكه أو الكلأ أو المعادن وفق كفايته لشربه وشرب ماشيته لم يجب عليه بذله ، نص عليه ، لأنه فى ملكه ، فإذا تساوى هو وغيره فى الحاجة كان أحق به كالطعام ، وانما توعد النبى صلى الله عليه وسلم على منع فضل الماء ، ولا فضل فى هذا ، ولأن عليه فى بذله ضرراً ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه وإن كان فيه فضل عن شربه وشرب ماشيته وزرعه واحتاجت اليه ماشية غيره لزمه بذله بغير عوض ، ولكل واحد أن يتقدم الى الماء ويشرب ويسقى ماشيته ، وليس لصاحبه المنع من ذلك ، لما روى إياس بن عبد الله المزنى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته » .

وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تسأل المرأة طلاق أختها ، ونهى أن يمنع الماء مخافة أن يرعى الكلأ » يعنى إذا كان فى مكان كلأ وليس يمكنه الاقامة لرعيه إلا بالسقى من هذا الماء فيمنعهم السقى ليتوفر الكلأ عليه ، وروى أبو عبيدة بإسناده عن عمر أنه قال « ابن السبيل أحق بالماء من البانى عليه » .

وعن أبى هريرة قال « ابن السبيل أول شارب » وعن بهيسة قالت « قال أبى يا رسول الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال الماء ، قال يا رسول الله ، ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الملح » وليس عليه بذل آلة البئر من الحبل والدلو والبكرة لأنه يخلق ولا يستخلف غيره ، بخلاف الماء وهذا كله هو الظاهر من مذهب الشافعى ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البنيان والصحارى ، وعن أحمد أنه قال إنما هذا فى الصحارى والبرية دون البنيان ، يعنى أن البنيان إذا كان فيه الماء فليس لأحد الدخول اليه الا بإذن صاحبه .

(فصل) وهل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره ، فيه روايتان :

إحداهما : لا يلزمه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الزرع لا حرمة له فى نفسه ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه بخلاف الماشية .

والثانية : يلزمه بذله لذلك ؛ لما روى عن عبد الله بن عمرو « أن قيم أرضه

بالوهط كتب اليه يخبره أنه قد سقى أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً ، فكتب اليه عبد الله بن عمرو : أقم قلدك ثم اسق الأدنى فالأدنى ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع فضل الماء » .

قال أبو عبيد : القلد يوم الشرب ، وفى المسند حدثنا حسن قال حدثنا حماد ابن سلمة عن أبى الزبير عن جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء » وروى إياس بن عبد الله قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمنع فضل الماء » رواه الترمذى ، وقال حديث حسن صحيح ، وفى لفظ « نهى عن بيع الماء » ولأن فى منعه فضل الماء إهلاكه فحرم منعه كالماشية ، وقولهم : لا حرمة له قلنا : فلصاحبه حرمة فلا يجوز التسبب الى اهلاك ماله ، ويحتمل أن يمنع نفى الحرمة عنه فإن اضاعة المال منهى عنها واتلافه محرم ، وذلك دليل على حرمته

﴿ فصل ﴾

واذا اشترى عبداً بمائة فقضاها عنه غيره صح ، سواء قضاه بأمره أو غير أمره فإن بان العبد مستحقا لزم رد المائة الى دافعها ، لأنا تبينا أنه قبض غير مستحق ، فكأن المائة لم تخرج من يد دافعها ، وان بان العبد معيبا فرده بالعيب أو بإقالة ، أو أصدق امرأة انسان شيئاً فطلقها الزوج قبل دخوله بها ، أو ارتدت ، فهل يلزم رد المائة الى دافعها أو على المشترى والزوج ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : على الدافع ، لأن القبض حصل منه ، فالرد عليه كالتى قبلها :

والثانى : على الزوج والمشترى ، لأن قضاءه بمنزلة الهبة لهما ؛ بدليل براءة ذمتهما منه ، والهبة المقبوضة لا يجوز الرجوع فيها ، وان كان الدفع بإذن المشترى والزوج احتمل أن يكون الحكم فيه كما لو قضاه بغير اذنه اذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه ، واحتمل أن يكون رده على الزوج والمشترى اذا كان عقدهما صحيحاً بكل حال . لأن اذنهما فى تسليمه الى من له الدين عليهما اذا اتصل به القبض جرى مجرى قبوله وقبضه ، بخلاف ما اذا لم يأذن ، وان أذنا فى دفع ذلك عنهما قرضاً ، فإن الرد يكون عليهما والمقرض يرجع عليهما بعوضه .

(فصل) اذا قال العبد لرجل : ابتعنى من سيدى ففعل ، فبان العبد معتقا .

فالضمان على السيد نص عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة : إن كان السيد حاضراً حين غره العبد ، وإن كان غائبا فالضمان على العبد لأن الغرور منه

ولنا أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق وضمن العهدة فكان الضمان عليه كما لو كان حاضراً ، وإن بان العبد مغصوباً أو به عيب فرده فالضمان على السيد لما ذكرنا

﴿ فصــــل ﴾

وإن اشترى اثنان عبداً فغاب أحدهما وجاء الآخر يطلب نصيبه منه فله ذلك وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك ، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب وليس له تسليمه بغير اذنه

ولنا أنه طلب حصته فكان له ذلك ، كما لو أوجب لكل واحد منهما منفرداً ، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة . وان قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع الى جميع العبد لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة له ذلك

ولنا أن شريكه لم يأذن للحاضر فى قبض نصيبه ولا للبائع فى دفعه اليه ، فلم يكن لهما ذلك كما لو كانا حاضرين ، فإن سلم اليه فتلف العبد فللغائب تضمين أيهما شاء لان الدافع فرط بدفع ماله بغير اذنه والشريك قبض مال غيره بغير اذنه ، فإن ضمن الشريك لم يرجع على أحد ، لأن التلف حصل فى يده فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الدافع رجع على القابض لذلك ، ويقوى عندى أنه اذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين اليه الا بتسليم نصيب صاحبه أنه لا يجوز التسليم اليه لما ذكرنا ههنا

(فصل) ويستحب الإشهاد فى البيع لقول الله تعالى (٢ - ٢٨٢ وأشهدوا اذا تبايعتم) وأقل أحوال الامر الاستحباب ، ولانه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد فكان أولى ، ويختص ذلك بما له خطر ، فأما الاشياء القليلة الخطر ، كحوائج البقال والعطار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها ، لان العقود فيها تكثر فيشق الاشهاد عليها وتقبح اقامة البينة عليها والترافع الى الحاكم من أجلها بخلاف الكثير ، وليس الإشهاد بواجب فى واحد منهما ولا شرطا له . روى ذلك عن أبى سعيد الخدرى وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى واسحاق وأبى أيوب . وقالت طائفة : ذلك فرض لا يجوز تركه . وروى ذلك عن ابن عباس ، وممن رأى الاشهاد على البيع :

عطاء وجابر بن زيد والنخعى لظاهر الامر ، ولانه عقد معاوضة فيجب الإشهاد عليه كالنكاح .

ولنا قول الله تعالى (٢ - ٢٨٣ فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته) وقال أبو سعيد : صـــار الامر الى الامانة وتلا هذه الآية ، ولان النبي (ص) « اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه ، واشترى من رجل سراويل ، ومن أعرابى فرسا فجحده الأعرابى حتى شهد له خزيمة بن ثابت » ولم ينقل أنه أشهد فى شيء من ذلك ، وكان الصحابة يتبايعون فى عصره فى الأسواق فلم يأمرهم بالإشهاد ولا نقل عنهم فعله ، ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وســـلم ولو كانوا يشهدون فى كل بياعاتهم لما أخل بنقله ، وقد أمر النبى (ص) عروة بن الجعد أن يشترى له أضحية ، ولم يامره بالإشهاد ، وأخبره عروة أنه اشترى شاتين فباع احداهما ، ولم ينكر عليه ترك الاشهاد ، ولأن المبايعة تكثر بين الناس فى أسواقهم وغيرها ؛ فلو وجب الإشهاد فى كل ما يتبايعونه أفضى الى الحرج المحطوط عنا بقوله تعـالى (٢٢ - ٧٨ وما جعل عليكم فى الدين من حرج) والآية المراد بها الارشـاد الى حفظ الاموال والتعليم ، كما أمر بالرهن والكاتب ، وليس ذلك بواجب وهذا ظاهر

(فصــــل)

ويكره البيع والشراء فى المسجد ، وبه قال اسحاق ، لمـا روى أبو هريرة أن رسول الله (ص) قال « اذا رأيتم من يبيع أو يبتاع فى المسجد فقولوا : لا أربح الله تجارتك ، واذا رأيتم من ينشـــد ضالة فى المسجد فقولوا : لا ردها الله عليك » أخرجه الترمذى وقال . حديث حسن غريب ، ولان المساجد لم تبن لهذا . ورأى عمران القصير رجلا يبيع فى المسجد فقال « هذه سوق الآخرة فإن أردت التجارة فاخرج الى سوق الدنيا » فإن باع فالبيع صحيح ، لان البيع تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له ، وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش فى البيع والتدليس والتصرية . وفى قول النبي (ص) « قولوا لا أربح الله تجارتك » من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم

باب السلم

وهو أن يسلم عوضا حاضراً فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل ، ويسمى سلما وسلفا، يقال أسلم وأسلف وسلف ، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع وبلفظ السلم والسلف ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر فى البيع ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى ٢٨٢:٢ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس أنه قال « أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله فى كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآيه » ولان هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه

وأما السنة : فروى ابن عباس عن رسول الله (ص) « أنه قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنتين والثلاث ، فقال : من أسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه ، وروى البخارى عن محمد ابن أبى المجالد قال « أرسلنى أبو بردة وعبد الله بن شداد الى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبى أوفى ، فسألتهما عن السلف فقالا : كنا نصيب المغانم مع رسول الله (ص) فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم فى الحنطة والشعير والزبيب فقلت : أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع ؟ قال . ما كنا نسألهم عن ذلك »

وأما الاجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ; ولان المثمن فى البيع أحد عوضى العقد ، فجاز أن يثبت فى الذمة كالثمن ، ولان بالناس حاجة اليه ، لان أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون الى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة ، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز)

وجملة ذلك أن السلم لا يصح الا بشروط ستة

أحدها أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التى يختلف الثمن باختلافها

ظاهراً فيصح فى الحبوب والثمار والدقيق والثياب والابريسم والقطن والكتان والصوف والشعر والكاغد والحديد والرصاص والصفر والنحاس والأدوية والطيب والخلول والأدهان والشحوم والألبان والزئبق والشب والكبريت والكحل وكل مكيل أو موزون أو مزروع ، وقد جاء الحديث فى الثمار وحديث ابن أبى أوفى فى الحنطة والشعير والزبيب والزيت ، وأجمع أهل العلم على أن السلم فى الطعام جائز ، قاله ابن المنذر ، وأجمعوا على جواز السلم فى الثياب . ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة ، كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والفيروذج والزبرجد والعقيق والبلور لأن أثمانها تختلف اختلافاً متباينا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه ، لأن ذلك يختلف ، ولا بشيء معين لان ذلك يتلف . وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى

وحكى عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيئا معلوما ، وإن كان وزنا فبوزن معروف ، والذى قلناه أولى لما ذكرنا ، ولا يصح فيما يجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين التى يتداوى بها للجهل بها ، ولا فى الحوامل من الحيوان ، لأن الولد مجهول غير متحقق . ولا فى الاوانى المختلفة الرءوس والاوساط ، لان الصفة لا تأتى عليه

وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله : لأن التفاوت فى ذلك يسير ، ولا يصح فى القسى المشتملة على الخشب والقرن والعصب والتوز ، إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيه منها ، وقيل يجوز السلم فيها ؛ والاولى ما ذكرنا

قال القاضى : والذى يجمع أخلاطا على أربعة أضرب

أحدها مختلط مقصود متميز ، كالثياب المنسوجة من قطن وكتان ، أو قطن وإبريسم فيصح السلم فيها لأن ضبطها ممكن

الثانى : ماخلطه لمصلحته ، وليس بمقصود فى نفسه : كالأنفحة فى الجبن والملح فى العجين والخبز والماء فى خل التمر والزبيب فيصح السلم فيه ، لأنه يسير لمصلحته

الثالث : أخلاط مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين فلا يصح السلم فيها لأن الصفة لا تأتى عليها

الرابع: ما خالطه غير مقصود ولا مصلحة فيه، كاللبن المشوب بالماء، فلا يصح السلم فيه

(فصل) ويصح السلم فى الخبز واللبأ وما أمكن ضبطه مما مسته النار، وقال الشافعى: لا يصح السلم فى كل معمول بالنار لأن النار تختلف ويختلف عملها ويختلف الثمن بذلك.

ولنا قوله عليه السلام « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم أو وزن معلوم » فظاهر هذا إباحة السلم فى كل مكيل وموزون ومعدود، ولان عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة: فصح السلم فيه كالمجفف بالشمس، فأما اللحم المطبوخ والشواء فقال القاضى لا يصح السلم فيه، وهو مذهب الشافعى: لأن ذلك يتفاوت كثيراً وعادات الناس فيه مختلفة فلم يمكن ضبطه. وقال بعض أصحابنا يصح السلم فيه لما ذكرنا فى الخبز واللبأ

(فصل)

ويصح السلم فى النشاب والنبل. وقال القاضى لا يصح السلم فيهما، وهو مذهب الشافعى، لانه يجمع أخلاطا من خشب وعقب وريش ونصل، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة، ولان فيه ريشا نجسا، لان ريشه من جوارح الطير

ولنا أنه مما يصح بيعه، ويمكن ضبطه بالصفات التى لا يتفاوت الثمن معها غالبا فصح السلم فيه كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به، ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين، وقد يكون الريش طاهراً، وان كان نجسا لكن يصح بيعه فلم يمنع السلم فيه، كنجاسة البغل والحمار

(فصل) واختلفت الرواية فى السلم فى الحيوان، فروى لا يصح السلم فيه. وهو قول الثورى وأصحاب الرأى. وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبى والجوزجانى. لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال « ان من الربا أبوابا لا تخفى، وان منها السلم فى السن » ولأن الحيوان يختلف اختلافا متباينا فلا يمكن ضبطه، وان استقصى صفاته التى يختلف بها الثمن — مثل أزجّ الحاجبين أكحل العينين، أقنى الانف أشم العرنين، أهدب الاشفار، ألمى الشفة بديع الصفة: تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة.

وظاهر المذهب صحة السلم فيه ، نص عليه فى رواية الاثرم . قال ابن المنذر . وممن روينا عنه انه لا بأس بالسلم فى الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد ابن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وحكاه الجوزجانى عن عطاء والحكم ، لان أبا رافع قال « استسلف النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكراً » رواه مسلم

وروى عبد الله بن عمرو بن العاص قال « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالابعرة الى مجيء الصدقة » وقد ذكرنا هذا الحديث فى باب الربا ، ولانه ثبت فى الذمة صداقا فثبت فى السلم كالثياب

فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ، ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بنى فلان . قال الشعبي . انما كره ابن مسعود السلف فى الحيوان لانهم اشترطوا نتاج فحل معلوم . رواه سعيد . وقد روى عن على أنه باع جملا له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً الى أجل » ولو ثبت قول عمر فى تحريم السلم فى الحيوان فقد عارضه قول من سمينا عن وافقنا

(فصل)

واختلفت الرواية فى غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع ، فنقل اسحاق بن ابرهيم عن أحمد أنه قال«لا أرى السلم الا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه . قال أبو الخطاب . معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف كالزرع . فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه . وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لاخير فى السلم فى الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لأنه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير فعلى هذه الرواية لا يصح السلم فى كل معدود مختلف كالذى سميناه وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن تقدير البقل بالحزم . لان الحزم يمكن فى الصغير والكبير . فلم يصح السلم فيه كالجواهر . ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم فى الفواكه والسفرجل والرمان والموز والخضروات ونحوها لان كثيراً من ذلك مما يتقارب وينضبط بالصغر والكبر . ومالا يتقارب ينضبط بالوزن كالبقول ونحوها . فصح السلم فيه كالمزروع . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي .

وحكى ابن المنذر عن الشافعى ، المنع من السلم فى البيض والجوز ، ولعل هذا قول آخر ، فيكون له فى ذلك قولان .

(فصل) فأما السلم فى الرءوس والاطراف : فيخرج فى صحة السلم فيها الخلاف الذى ذكرنا . وللشافعى فيها قولان أيضاً كالروايتين :

أحدهما : يجوز ؛ وهو قول مالك والاوزاعى وأبى ثور ، لانه لحم فيه عظم يجوز شراؤه ، فجاز السلم فيه كبقية اللحم .

والآخر : لا يجوز ، وهو قول أبى حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون ، بخلاف اللحم ، فإن كان مطبوخا أو مشويا ، فقال الشافعى : لايصح السلم فيه ، وهو قياس قول القاضى ، لانه يتناثر ويختلف ، وعلى قول غير القاضى من أصحابنا : حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره ، وبه قال مالك والاوزاعى وأبو ثور ، والعقد يقتضيه ، سليما من التأثر والعادة فى طبخه تتفاوت ، فأشبه غيره .

(فصل) وفى الجلود من الخلاف مثل مافى الرءوس والاطراف ، وقال الشافعى لا يصح السلم فيها ، لأنها تختلف ، فالورك ثخين قوى ، والصدر ثخين رخو ، والبطن رقيق ضعيف ، والظهر أقوى ؛ فيحتاج الى وصف كل موضع منه ، ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه .

ولنا أن التفاوت فى ذلك معلوم ، فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان ، فإنه يشتمل على الرأس والجلد والأطراف واللحم والشحم وما فى البطن ، وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والأذنين والعينين ، ويختلف ذلك ، ولم يمنع صحة السلم فيه ، كذا هہنا .

(فصل) ويصح السلم فى اللحم ، وبه قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة . لا يجوز لانه يختلف .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم أو وزن معلوم » وظاهره : إباحة السلم فى كل موزون ، ولأننا قد بينا جواز السلم فى الحيوان ، فاللحم أولى .

الشرط الثانى : أن يضبطه بصفاته التى يختلف الثمن بها ظاهراً ، فإن المسلم فيه

عوض فى الذمة ، فلا بد من كونه معلوما بالوصف كالثمن ، ولأن العلم شرط فى المبيع وطريقه : إما الرؤية وإما الوصف ، والرؤية ممتنعة ههنا ، فيتعين الوصف والاوصاف على ضربين : متفق على اشتراطها ، ومختلف فيها ، فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس والنوع والجوده والرداءة ، فهذه لا بد منها فى كل مسلم فيه ، ولانعلم بين أهل العلم خلافا فى اشتراطها ، وبه يقول أبوحنيفة ومالك والشافعى

الضرب الثانى : ما يختلف الثمن باختلافه مما عدا هذه الثلاثة الاوصاف ، وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه ، ونذكرها عند ذكره ، وذكرها شرط فى السلم عند إمامنا والشافعى ، وقال أبو حنيفة : يكفى ذكر الأوصاف الثلاثة ، لأنها تشتمل على ماوراءها من الصفات .

ولنا أنه يبقى من الاوصاف من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والغرض لاجله ، فوجب ذكره كالنوع .

ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر ، وقد ينتهى الحال فيها الى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه ، إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التى يختلف الثمن بها ظاهراً ، ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف بطل السلم ، لأن من شرط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحل ، واستقصاء الصفات يمنع منه ، ولو شرط الأجود لم يصح أيضا ، لانه لا يقدر على الأجود ، وان قدر عليه كان نادرا . وان شرط الاردأ احتمل أن لا يصح لذلك ، واحتمل أن يصح ، لانه يقدر على تسليم ما هو خير منه ، فإنه لا يسلم شيئا الا كان خيراً مما شرطه فلا يعجز إذاً عن تسليم ما يجب قبوله بخلاف التى قبلها ، ولو أسلم فى جارية وابنتها لم يصح لأنه لا بد أن يضبط كل واحدة منهما بصفات ، ويتعذر وجود تلك الصفات فى جارية وابنتها ، وكذلك إن أسلم فى جارية وأختها أو عمتها أو خالتها أو ابنة عمها لما ذكرنا ، ولو أسلم فى ثوب على صفة خرقة أحضرها لم يجز ، لجواز أن تهلك الخرقة ، وهذا غرر ؛ ولا حاجة اليه فمنع الصحة ، كما لو شرط مكيالا بعينه أو صنجة بعينها .

(فصل) والجنس والجودة أو ما يقوم مقامهما شرطان فى كل مسلم فيه ، فلا حاجة إلى تكرير ذكرهما فى كل مسلم فيه ، ويذكر ما سواهما ، فيصف التمر بأربعة أوصاف : النوع برنى أو معقلى والبلد ، ان كان يختلف ، فيقول : بغدادى أو بصرى ، فإن البغدادى أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصرى بخلاف ذلك ، والقدر : كبار أو صغار وحديث أو عتيق ، فإن أطلق العتيق فأى عتيق أعطى جاز ؛ مالم يكن مسوسا ولا حشفاً ولامتغيراً ، وان قال : عتيق عام أو عامين فهو على ما قال .

فأما اللون فإن كان النوع الواحد مختلفا ، كالطبرز يكون أحمر ، ويكون أسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر فى هذه الأوصاف الا الحديث والعتيق ، ولا يأخذ من الرطب الا ما أرطب كله ، ولا يأخذ منه مشدخا ولا قديما قارب أن يتمر ، وهكذا ما جرى مجراه من العنب والفواكه .

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف . النوع ، فيقول : سبيلة أو سلمونى والبلد ، فيقول : حورانى أو بلقاوى أوسمالى ، وصغار الحب أو كباره ، وحديث أو عتيق ، وان كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ، ولا يسلم فيه الا مصفى ، وكذلك الحكم فى الشعير والقطنيات وسائر الحبوب .

فصل

ويصف العسل بثلاثة أوصاف : البلدى . فيجى أو نحوه ، ويجزىء ذلك عن النوع ، والزمان : ربيعى أو خريفى أو صيفى ، واللون : أبيض أو أحمر ، وليس له إلا مصفى من الشمع .

(فصل) ولا بد فى الحيوان كله من ذكر النوع والسن والذكورية والأنوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ، ويرجع فى سن الغلام إليه إن كان بالغا : وان كان صغيراً فالقول قول سيده ، وان لم يعلم رجع فى قوله الى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريبا ، وإذا ذكر النوع فى الرقيق وكان مختلفا مثل التركى . منهم الجكلى والخزرى ، فهل يحتاج الى ذكره أو يكفى ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج فى الجارية الى ذكر البكارة والثيوبة ، ولا الجعودة والسبوطة ، لأن ذلك لا يختلف به الثمن اختلافا بينا ، ومثل ذلك لا يراعى

كما فى صفات الحسن والملاحة ، فإن ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثيوبة والبكارة ، لأن الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ، ويذكر القد : خماسى أوسداسى ، يعنى خمسة أشبار أو ستة أشبار ، قال أحمد . يقول خماسى سداسى أسود أبيض أعجمى أو فصيح

فأما الإبل فيضبطها بأربعة أوصاف . فيقول : من نتاج بنى فلان ، والسن : بنت مخاض أو بنت لبون ، واللون : بيضاء أو حمراء أو ورقاء ، وذكر أو أنثى ، فإن كان نتاج يختلف فيه مهرية وأرحبية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين وما زاد على هذه الأوصاف لا يفتقر الى ذكره ، وان ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه ، وأوصاف الخيل كأوصاف الإبل .

وأما البغال والحمير فلا نتاج لها فيجعل مكان ذلك نسبتها الى بلدها .

وأما البقر والغنم فإن عرف لها نتاج فهى كالإبل والا فهى كالحمر ، ولا بد من ذكر النوع فى هذه الحيوانات ، فيقول فى الإبل : بختية أو عرابية ، وفى الخيل : عربية أو هجين أو برذون ، وفى الغنم : ضأن أو معز ، إلا الحمر والبغال فلا نوع فيهما .

﴿ فصل ﴾

ويذكر فى اللحم السن والذكورية والأنوثية والسمن والهزال ، وراعيا أو معلوفا ، ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ، ويزيد فى الذكر فحلا أو خصيا ، وان كان من صيد لم يحتج الى ذكر العلف والخصاء ، ويذكر الآلة التى يصاد بها من جارحة أو أحبولة .

وفى الجارحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر ، فإن الأحبولة يؤخذ الصيد منها سليما ، وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب الحيوان نكهة قيل : لكونه مفتوح الفم فى أكثر الأوقات ، والصحيح إن شاء الله : أن هذا ليس بشرط ، لأن التفاوت فيه يسير ، ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه إلا القليل من الناس ، وإذا لم يحتج فى الرقيق الى ذكر البكارة والثيوبة والسمن والهزال وأشباهها مما يتباين بها الثمن وتختلف الرغبات بها ويعرفها الناس ، فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه ، لأنه هكذا يقطع فهو كالنوى فى التمر ، وإن

كان السلم فى لحم طير لم يحتج الى ذكر الذكورية والأنوثية الا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ، ولا الى ذكر موضع اللحم ، إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين ، لأنه لا لحم عليها .

وفى السمك يذكر النوع : بردى أو غيره والكبر والصغر ، والسمن والهزال والطرى والملح ، ولا يقبل الرأس والذنب ، وله ما بينهما ، وإن كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه .

﴿ فصل ﴾

ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر ، قال القاضى : ويذكر المرعى ، ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق ، لأن إطلاقه يقتضى الحديث ، ولا يصح السلم فى عتيقه ، لأنه عيب ، ولا ينتهى إلى حد يضبط به ؛ ويصف الزبد بأوصاف السمن : ويزيد : زبد يومه أو أمسه ، ولا يلزمه قبول متغير فى السمن أو الزبد ولا رقيق ، الا أن تكون رقته للحر ، ويصف اللبن بالنوع والمرعى ، ولا يحتاج الى اللون ، ولاحلبة يومه ، لأن اطلاقه يقتضى ذلك ولا يلزمه قبول متغير ، قال أحمد : ويصح السلم فى المخيض ، وقال الشافعى لا يصح السلم فيه لأن فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء ، فصار المقصود مجهولا

ولنا أن الماء يسير ، يترك لأجل المصلحة جرت العادة به ، فلم يمنع صحة السلم فيه ، كالماء فى الشيرج والملح والأنفحة فى الجبن : والماء فى خل التمر ، ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبأ بصفات اللبن ، ويزيد اللون ، ويذكر الطبخ أو ليس بمطبوخ .

(فصل) وتضبط الثياب بستة أوصاف . النوع كتان أو قطن ، والبلد ، والطول والعرض والصفاقة والرقة والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن . فإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشترطة . وكونه على وزن معلوم . فيكون فيه تغرير لتعذر اتفاقه . وإن ذكر خاما أو مقصوراً فله ماشرط وان لم يذكره جاز . وله خام . لانه الاصل . وان ذكر مغسولا أو لبيسا لم يجز لان اللبس يختلف ولا ينضبط ، فإن أسلم فى مصبوغ وكان مما يصبغ غزله جاز لأن ذلك من جملة صفات الثوب ، وإن كان مما يصبغ بعد نسجه لم يجز ، لأن

صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونته ، ولأن الصبغ غير معلوم ، وان أسلم فى ثوب مختلف الغزول كقطن وابريسم أو قطن وكتان أو صوف وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول : السدى إبريسم واللحمة كتان أو نحوه جاز ، ولهذا جاز السلم فى الخز وهو من غزلين مختلفين ، وإن أسلم فى ثوب موشى وكان الوشى من تمام نسجه جاز ، وإن كان زيادة لم يجز لأنه لا ينضبط

(فصــل)

ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ، ويجعل مكان الغلظ والدقة الطول والقصر ، وإن شرط فى القطن منزوع الحب جاز ، وإن أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه ، ويصف الابريسم بالبلد واللون والغلظ والدقة ؛ ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفى أو ربيعى ، لأن صوف الخريف أنظف .

قال القاضى ويصفه بالذكورية والأنوثية ؛ لأن صوف الاناث أنعم ، ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة ، لأن التفاوت فى هذا يسير ، وعليه تسليمه نقيا من الشوك والبعر وإن لم يشترطه ؛ وان شرطه جاز وكان تأكيداً . والشعر والوبر كالصوف . ويصح السلم فى الكاغد ، لأنه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

(فصــل) ويضبط النحاس والرصاص والحديد بالنوع ، فيقول فى الرصاص قلعى أو أسرب والنعومة والخشونة واللون إن كان يختلف ، ويزيد فى الحديد ذكراً أو أنثى ، فإن الذكر أحد وأمضى ، وإن أسلم فى الأوانى التى يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها ، كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز . ويضبطها بذلك كله ؛ وان أسلم فى قصاع وأقداح من الخشب جاز ، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها فى الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وأى عمل . وإن أسلم فى سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث ، ماض أو غيره ويصف قبضته وجفنه

(فصــل) والخشب على أضرب ، منه ما يراد البناء ، فيذكر نوعه ويبسه ورطوبته وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ، ويلزمه أن يدفع اليه من طرفه الى طرفه

بذلك العرض والدور ، فإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً وإن كان أدق لم يلزمه قبوله ، وإن ذكر الوزن أو سمحا جاز، وإن لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد ، لأن ذلك عيب ، وان كان للقسي ذكر هذه الأوصاف وزاد : سهليا أوجبليا أو خوطا أو فلقة ، فإن الجبلي أقوى من السهلي ، والخوط أقوى من الفلقة ، ويذكر فيما للوقود الغلظة واليبس والرطوبة والوزن ، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ ، وسائر مايحتاج الى معرفته ويخرجه من الجهالة . وان أسلم فى النشاب والنبل ضبطه بنوع جنسه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه .

(فصل) والحجارة منها ما هو للأرحية ، فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع ان كان يختلف ، ومنها ما هو البناء فيذكر النوع واللون والقدر والوزن ويذكر فى حجارة الآنية اللون والنوع والقدر واللين والوزن ؛ ويصف البلور بأوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع التربة واللون والدور والثخانة ، وان أسلم فى الجص والنورة ذكر اللون والوزن . ولا يقبل ما أصابه الماء فجف ولا ماقدم قدما يؤثر فيه . ويضبط التراب بمثل ذلك . ويقبل الطين الذى قد جف ان كان لا يتأثر بذلك .

(فصل) ويضبط العنبر بلونه والبلد . وان شرط قطعة أو قطعتين جاز . وان لم يشترط فله أن يعطيه صغاراً أو كبارا . وقد قيل ان العنبر نبات يخلقه الله تعالى فى جنبات البحر . ويضبط العود الهندى ببلده وما يعرف به . ويضبط المصطكى واللبان والغراء العربى وصمغ الشجر والمسك وسائر مايجوز السلم فيه بما يختلف به .

« مسألة » قال ﴿ اذا كان بكيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو عدد معلوم ﴾

هذا الشرط الثالث . وهو معرفة مقدار المسلم فيه بالكيل ان كان مكيلا . وبالوزن ان كان موزونا وبالعدد ان كان معدوداً . لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » ولأنه عوض غير مشاهد يثبت فى الذمة . فاشترط معرفة قدره كالثمن . ولا نعلم فى اعتبار معرفة المقدار خلافا ، ويجب أن يقدره بمكيال أو أرطال معلومة عند

العامة . فإن قدره بإناء معلوم أو صنجة مغينه غير معلومة لم يصح لأنه يهلك فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه . وهذا غرر لا يحتاج اليه العقد

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم فى الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره . ولا فى ثوب بذرع فلان . لان المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم . منهم الثورى والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور . وان عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما . وان لم يعرفا لم يجز

فصـــل

وان أسلم فيما يكال وزنا أو فيما يوزن كيلا . فنقل الاثرم أنه سأل أحمد عن السلم فى التمر وزنا ؟ فقال لا الا كيلا . قلت ان الناس ههنا لا يعرفون الكيل . قال وان كانوا لا يعرفون الكيل . فيحتمل هذا أنه لا يجوز فى المكيل الا كيلا ولا فى الموزون الا وزنا ، وهكذا ذكره القاضى وابن أبى موسى لانه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به فى الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولانه قدر المسلم بغير ما هو مقدر به فى الاصل فلم يجز . كما لو أسلم فى المذروع وزنا . ونقل المروذى عن أحمد انه يجوز السلم فى اللبن اذا كان كيلا أو وزنا . وهذا يدل على اباحة السلم فى المكيل وزنا وفى الموزون كيلا . لان اللبن لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا . وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منهما . وهذا قول الشافعى وابن المنذر

وقال مالك ذلك جائز اذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا . وهذا أصح ان شاء الله تعالى . لأن الغرض معرفة قدره وخروجه من الجهالة وامكان تسليمه من غير تنازع فبأى قدر قدره جاز ويفارق بيع الربويات . فإن التماثل فيها فى المكيل كيلا وفى الموزون وزنا شرط ولا نعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الاصلى

اذا ثبت هذا فإن الحبوب كلها مكيلة . وكذلك التمر والزبيب والفستق والبندق والملح ، قال القاضى : وكذلك الادهان . وقال فى السمن واللبن والزبد يجوز السلم فيها كيلا ووزنا . ولا يسلم فى اللبأ الا وزنا . لأنه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه

(فصل) فإن كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بالميزان لثقله ، كالارحية والحجارة الكبار ، يوزن بالسفينة فتترك السفينة فى الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى أى موضع تغوص فيعلمه ، ثم يرفع ويترك مكانه رمل أو حجارة صغار الى أن يبلغ الماء الموضع الذى كان بلغه ثم يوزن بميزان فما بلغ فهو زنة ذلك الشيء الذى أريد معرفة وزنه .

(فصل) ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز فى الثياب بذرع معلوم .

(فصل)

وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين : معدود وغيره فالمعدود نوعان . أحدهما لا يتباين كثيراً ، كالجوز والبيض ونحوهما فيسلم فيه عددا وهو قول أبى حنيفة والأوزاعى . وقال الشافعى : يسلم فيها كيلا أو وزنا ، ولا يجوز عددا ، لأن ذلك يتباين ويختلف ، فلم يجز عدداً كالبطيخ

ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر أو الصغر أو الوسط فيذهب التفاوت ، وان بقى شيء يسير عفى عنه كسائر التفاوت فى المكيل والموزون المعفو عنه ، ويفارق الطبيخ فإنه ليس بمعدود والتفاوت فيه كثير لا ينضبط

النوع الثانى : مايتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار ، فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان

أحدهما يسلم فيه عددا ويضبطه بالصغر والكبر لأنه يباع هكذا

الثانى لا يسلم فيه إلا وزنا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، لأنه لا يمكن تقديره بالعدد لأنه يختلف كثيراً ويتباين جدا ، ولا بالكيل لأنه يتجافى فى المكيال ، ولا يمكن تقدير البقول بالحزم لأنه يختلف ، ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به

« مسألة » قال (الى أجل معلوم بالأهلة)

وهذا الشرط الرابع ، وهو أن يكون مؤجلا أجلا معلوماً ، وفى هذه المسألة فصول ثلاثة :

أحدها أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال . قال احمد في رواية المروذي : لا يصح حتى يشترط الاجل . وبهذا قال ابو حنيفة ومالك والاوزاعي . وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : يجوز السلم حالا لأنه عقد يصح مؤجلا فصح حالا ، كبيوع الاعيان ، ولانه إذا جاز مؤجلا فحالا أجوز ومن الغرر أبعد .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » فأمر بالاجل وأمره يقتضي الوجوب ، ولأنه أمر بهذه الامور تبيينا لشروط السلم ومنعا منه بدونها ، وكذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الاجل ، ولان السلم انما جاز رخصة للرفق ، ولا يحصل الرفق الا بالاجل ، فإذا انتفى الاجل انتفى الرفق ، فلا يصح كالكتابة ، ولأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه . أما الاسم فلأنه يسمى سلما وسلفا لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ، ومعناه ماذكرناه فى أول الباب من أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية إليه ، ومع حضور مايبيعه حالا لا حاجة الى السلم ، فلا يثبت ويفارق تنوع الأعيان فإنها لم تثبت على خلاف الاصل لمعنى يختص بالتأجيل ، وما ذكروه من التنبيه غير صحيح ، لان ذلك انما يجزىء فيما اذا كان المعنى المقتضى موجوداً فى الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك ههنا ، فإن البعد من الضرر ليس هو المقتضى لصحة السلم المؤجل ، وانما المصحح له شيء آخر لم نذكر اجتماعهما فيه وقد بينا افتراقهما

اذا ثبت هذا فإنه ان باعه مايصح السلم فيه حالا فى الذمة صح ، ومعناه معنى السلم ، وانما افترقا فى اللفظ

الفصل الثاني : انه لا بد من كون الاجل معلوما ، لقوله تعالى (٢ - ٢٨٢ إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الى أجل معلوم » ولا نعلم فى اشتراط العلم فى الجملة اختلافا . فأما كيفيته فإنه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف . ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجزاز وما أشبهه . وكذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر

وعن أحمد رواية أخرى ، أنه قال : أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور ، وعن ابن عمر « أنه كان يبتاع الى العطاء » وبه قال ابن أبي ليلى ، وقال أحمد : إن كان شيء يعرف فأرجو ، وكذلك إن قال : إلى قدوم الغزاة وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء ، لأن ذلك معلوم ، فأما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ، ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتفاوت أيضاً ، فأشبه الحصاد ، واحتج من أجاز ذلك : بأنه أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت فيه تفاوتا كثيراً ، فأشبه إذا قال : الى رأس السنة .

ولنا ما روى عن ابن عباس أنه قال « لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم » ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد ، فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد .

فإن قيل : فقد روى عن عائشة أنها قالت « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى يهودى : أن ابعث الى بثوبين الى الميسرة » .

قلنا : قال ابن المنذر . رواه حرمى بن عمارة قال أحمد : فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر : فأخاف أن يكون من غفلاته ؛ إذ لم يتابع عليه ، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الأجل الى الميسرة لم يصح .

فصل

إذا جعل الأجل الى شهر تعلق بأوله ، وان جعل الأجل اسما يتناول شيئين كجمادى وربيع ويوم النفر تعلق بأولهما ، وان قال : الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها ، لأنه اذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمة وجب أن يكون ابتداؤها من حين لفظه بها ، وكذلك لو قال : الى شهر كان الى آخره ، وينصرف ذلك الى الأشهر الهلالية ، بدليل قوله تعالى (٩ : ٣٦ إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات والأرض ، منها أربعة حرم) وأراد الهلالية ، وان كان في أثناء شهر كملنا شهرين بالهلال وشهراً بالعدد ثلاثين يوما ، وقيل : تكون الثلاثة كلها عددية ، وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع ، وان قال : محله شهر كذا أو يوم كذا ، صح وتعلق بأوله ، وقيل : لا يصح . لأنه جعل ذلك ظرفا

فيحتمل أوله وآخره ، والصحيح الأول . فإنه لو قال لإمرأته : أنت طالق فى شهر كذا تعلق بأوله ، وهو نظير مسألتنا .

فإن قيل : الطلاق يتعلق بالإخطار والاغرار ، ويجوز تعليقه على مجهول ، كنزول المطر وقدوم زيد بخلاف مسألتنا .

قلنا : إلا أنه اذا جعل محله فى شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم

(فصــــل)

ومن شرط الأجل : أن يكون مدة لها وقع فى الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال أصحاب أبى حنيفة ، لو قدره بنصف يوم جاز ، وقدره بعضهم بثلاثة أيام ، وهو قول الأوزاعى ، لأنها مدة يجوز فيها خيـــار الشرط ، ولأنها آخر حد القلة ، ويتعلق بها عندهم إباحة رخص السفر ، وقال الآخرون . انما اعتبر التأجيل ؛ لأن المسلم فيه معدوم فى الاصل لكون السلم إنما ثبت رخصة فى حق المفاليس ، فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم ، وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها .

ولنا أن الاجل انما اعتبر ليتحقق المرفق الذى شرع من أجله السلم ، ولا يحصل ذلك بالمدة التى لا وقع لها فى الثمن ، ولا يصح اعتباره بمدة الخيار ، لأن الخيار يجوز ساعة ، وهذا لا يجوز ، والاجل يجوز أن يكون أعواما ، وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث ، وكونها آخر حد القلة لا يقتضى التقدير بها ، وقولهم ان المقصود يحصل بأقل مدة : غير صحيح . فإن السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ، ولا تحصل هذه فى المدة اليسيرة .

الفصل الثالث . فى كون الاجل معلوماً بالاهلة ، وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالهلال ، نحو أول الشهر ، أو أوسطه ، أو آخره ، أو يوم معلوم منه ، لقول الله تعالى (٢ . ١٨٩ يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج) ولا خلاف فى صحة التأجيل بذلك ، ولو أســـلم الى عيد الفطر ، أو النحر ، أو يوم عرفة ، أو عاشوراء أو نحوها جاز ، لانه معلوم بالاهله ، وإن جعل الأجل مقدراً بغير الشهور الهلالية فذلك قسمان .

أحدهما : ما يعرفه المسلمون ؛ وهو بينهم مشهور كـكانون وشباط , أو عيد

لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفهما : فظاهر كلام الخرقي وابن أبي موسى : أنه لا يصح ، لأنه أسلم الى غير الشهور الهلالية ، أشبه إذا أسلم الى الشعانين وعيد الفطير ، ولأن هذه لا يعرفها كثير من المسلمين ، أشبه ما ذكرنا وقال القاضي : يصح ، وهو قول الأوزاعي والشافعي ، قال الأوزاعي : إذا أسلم الى فصح النصارى وصومهم جاز ، لأنه معلوم لا يختلف ، أشبه أعياد المسلمين ، وفارق ما يختلف فإنه لا يعلمه المسلمون .

القسم الثاني : مالا يعرفه المسلمون ، كعيد الشعانين وعيد الفطير ونحوهما ، فهذا لا يجوز السلم إليه ، لأن المسلمين لا يعرفونه ، ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه ، لأن قولهم غير مقبول ، ولأنهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وان أسلم الى مالا يختلف مثل كانون الأول [1] ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح ، لأنه مجهول عنده .

« مسألة » قال ﴿ موجوداً عند محله ﴾

هذا الشرط الخامس ، وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله ، ولا نعلم فيه خلافا ، وذلك لانه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل بحكم الظاهر ، فلم يمكن تسليمه ؛ فلم يصح بيعه ، كبيع الآبق بل أولى ، فإن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر ، لئلا يكثر الغرر فيه ؛ فلا يجوز أن يسلم في العنب والرطب الى شباط أو آذار ، ولا الى محل لا يعلم وجوده فيه ، كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً ، فلا يؤمن انقطاعه .

(فصل) ولا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه ، قال ابن المنذر : إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم ، وممن حفظنا عنه ذلك : الثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق .

قال : وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أسلف إليه رجل من اليهود

---

(١) كانون الاول اسم شهر معروف بالبلاد الشامية وهو يقابل ديسمبر .

دنانير فى تمر مسمى . فقال اليهودى : من تمر حائط بنى فلان . فقال النبي (ص)
أما من حائط بنى فلان فلا . ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى ، رواه ابن ماجه
وغيره ، ورواه أبو إسحاق الجوزجانى فى المترجم ، وقال : أجمع الناس على
الكراهة لهذا البيع ، ولأنه إذا أسلم فى ثمرة بستان بعينه لم يؤمن انقطاعه وتلفه ،
فلم يصح ، كما لو أسلم فى شىء قدره بمكيال معين ، أو صنجة معينة ، أو أحضر خرقة
وقال : أسلمت إليك فى مثل هذه .

﴿ فصل ﴾

ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم بل يجوز أن يسلم فى الرطب
فى أوان الشتاء ، وفى كل يوم معدوم إذا كان موجوداً فى المحل ، وهذا قول مالك
والشافعى واسحاق وابن المنذر ، وقال الثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى
لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد الى حين المحل ، لان كل زمن يجوز
أن يكون محلا للمسلم فيه لموت المسلم إليه ، فاعتبر وجوده فيه كالمحل .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة
والسنتين ، فقال : من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ، أو وزن معلوم ، وأجل
معلوم » ولم يذكر الوجود ، ولو كان شرطا لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين ،
لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ، ولأنه يثبت فى الذمة ويوجد فى
محله غالبا ، فجاز السلم فيه كالموجود ، ولا نسلم أن الدين يحل بالموت ، وان سلمنا
فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود ، إذ لو لزم أفضى الى أن تكون آجال السلم
مجهولة ، والمحل ما جعله المتعاقدان محلا ، وههنا لم يجعلاه .

فصل : إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل اما لغيبة المسلم إليه أو عجزه عن
التسليم حتى عدم المسلم فيه ، أو لم تحمل الثمار تلك السنه ، فالمسلم بالخيار بين أن
يصبر إلى أن يوجد فيطالب به ، وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن ان كان
موجوداً أو بمثله ان كان مثلياً ، والا قيمته .

وبه قال الشافعى وإسحاق وابن المنذر ، وفيه وجه آخر : أنه ينفسخ العقد
بنفس التعذر ، لكون المسلم فيه من ثمرة العام ، بدليل وجوب التسليم منها
فإذا هلكت انفسخ العقد ، كما لو باعه قفيزا من صبرة فهلكت ، والاول الصحيح

فإن العقد قد صح ، وإنما تعذر التسليم فهو كما لو اشترى عبدا فأبق قبل القبض ، ولا يصح دعوى التعيين فى هذا العام ، فإنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز ، وانما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتمكنه من دفع ما هو بصفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه إذا وجدها ولم يجد غيرها . وليست متعينة وان تعذر البعض فللمشترى الخيار بين الفسخ فى الكل والرجوع بالثمن ، وبين أن يصبر الى حين الامكان ويطالب بحقه ، فإن أحب الفسخ فى المفقود دون الموجود فله ذلك ، لان الفساد طرأ بعد صحة العقد ، فلا يوجب الفساد فى الكل كما لو باعه صبرتين فتلفت احداهما .

وفيه وجه آخر : ليس له الفسخ الا فى الكل أو يصبر على ما ذكرنا من الخلاف فى الاقالة فى بعض المسلم فيه .

وان قلنا . ان الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ فى المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارىء على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع ، ويثبت للمشترى خيار الفسخ فى الموجود ، كما ذكرنا فى الوجه الاول .

فصل

إذا أسلم نصرانى الى نصرانى فى خمر ثم أسلم أحدهما ، فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم يأخذ دراهمه ؛ كذلك قال الثورى وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأى . وبه نقول . لأنه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر ، فقد تعذر استيفاء المعقود عليه ، وان كان المسلم إليه فقد تعذر عليه إيفاؤها ، فصار الأمر الى رأس ماله .

« مسألة » قال (ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق)

هذا الشرط السادس : وهو أن يقبض رأس مال السلم فى مجلس العقد : فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ، مالم يكن ذلك شرطا ، لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلماً ؛ فأشبه ما لو تأخر الى آخر المجلس .

ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق ، فلا يجوز

التفرق فيه قبل القبض كالصرف ، ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف ، وان قبض بعده ثم تفرقا ، فكلام الخرقى يقتضى أن لا يصح لقوله « كاملا » . وحكى ذلك عن ابن شبرمة والثورى .

وقال أبو الخطاب : هل يصح فى غير المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة . وهذا الذى يقتضيه مذهب الشافعى . وقدنص أحمد فى رواية ابن منصور إذا أسلم ثلاثمائة درهم فى أصناف شتى : مائة فى حنطة ومائة فى شعير ومائة فى شىء آخر ، فخرج فيها زيوف ، رد على الاصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ماوجد من الزيوف ، فصح العقد فى الباقى بحصته من الثمن

وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلم ألفاً الى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم اليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الالف فإنه يصح السلم فى النصف المقبوض ويبطل فى الباقى ، فأبطل السلم فيما لم يقبض وصححه فيما قبض . وحكى عن أبى حنيفة أنه قال : يبطل فى الحوالة فى الكل . وفى المسألة الاخرى يبطل فيما لم يقبض ويصح فيما قبض بقسطه بناء على تفريق الصفقة

(فصـــل)

وان قبض الثمن فوجده رديئا فرده والثمن معين بطل العقد برده ويبتدئان عقداً آخر ان أحبا ، وان كان فى الذمة فله ابداله فى المجلس ولا يبطل العقد برده لأن العقد انما وقع على ثمن سليم ، فإذا دفع اليه ماليس بسليم كان له المطالبة بالسليم ولا يؤثر قبض المعيب فى العقد ، وان تفرقا ثم علم عيبه فرده ففيه وجهان

أحدهما يبطل العقد برده ، لوقوع القبض بعد التفرق ، ولا يجوز ذلك فى السلم

والثانى لا يبطل لأن القبض الاول كان صحيحا ، بدليل ما لو أمسكه ولم يرده وهذا يدل على المقبوض . وهذا قول أبى يوسف ومحمد ، وهو أحد قولى الشافعى واختيار المزنى ، لكن من شرطه أن يقبض البدل فى مجلس الرد ، فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل لم يصح وجها واحداً لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، وان وجد بعض الثمن رديئا فرده فعلى المردود التفصيل الذى ذكرناه ، وهل يصح فى غير الردىء إذا قلنا بفساده فى الردىء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقه .

(فصل) وإن خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح العقد . قال أحمد : إذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع ، وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه ، وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله فى المجلس ، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد ؛ لأن المقبوض لا يصلح عوضافقد تفرقا قبل أخذ الثمن ، إلا على الرواية التى تقول بصحة تصرف الفضولى ؛ وان وجد بعضه مستحقاً بطل فى ذلك البعض ، وفى الباقى وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصـــل)

إذا كان له فى ذمة رجل دينار فجعله سلما فى طعام الى أجل لم يصح . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، منهم مالك والأوزاعى والثورى وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأى والشافعى . وعن ابن عمر أنه قال لا يصح ذلك ، وذلك لأن المسلم فيه دين ، فإذا جعل الثمن دينا كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك بالإجماع ، ولو قال أسلمت إليك مائة درهم فى كر طعام وشرطا أن يعجل له منها خمسين وخمسين إلى أجل لم يصح العقد فى الكل على قول الخرقى ويخرج فى صحته فى قدر المقبوض وجهان بناء على تفريق الصفقة

أحدهما يصح ، وهو قول أبى حنيفة ، والثانى لا يصح ، وهو قول الشافعى وهو أصح ، لأن المعجل فضلا على المؤجل فيقتضى أن يكون فى مقابلته أكثر مما فى مقابلة المؤجل ، والزيادة مجهولة فلا يصح

(مسألة ، قال : ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف بطل)

وجملة ذلك أن هذه الأوصاف الستة التى ذكرناها لا يصح السلم الا بها ، وقد دللنا على ذلك ، واختلفت الرواية فى شرطين آخرين :

أحدهما معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف فى اشتراط معرفة صفته إذا كان فى الذمة لأنه أحد عوضى السلم ، فإذا لم يكن معينا اشترط معرفة صفته كالمسلم فيه الا أنه إذا أطلق وفى البلد نقد معين انصرف الاطلاق اليه وقام مقام وصفه : فأما ان كان الثمن معينا ، فقال القاضى وأبو الخطاب لابد من معرفة وصفه ، واحتجا

بقول أحمد : يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ويصف الثمن ، فاعتبر ضبط صفته ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يملك اتمامه فى الحال ، ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه ، فوجب معرفة رأس المسلم فيه ، ليرد بدله كالقرض والشركة ، ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقا فينفسخ العقد فى قدره ، فلا يدرى فى كم بقى وكم انفسخ ؟

فإن قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر

قلنا التوهم معتبر ههنا ، لأن الاصل عدم الجواز ، وانما جوز اذا وقع الامن من الغرر ، ولم يوجد ههنا : بدليل ما اذا أسلم فى ثمرة بستان بعينه أو قدر المسلم فيه بصنجة أو مكيال معين فإنه لا يصح وظاهر كلام الخرقى أنه لا يشترط لأنه ذكر شرائط السلم ولم يذكره ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه عوض مشاهد فلم يحتج الى معرفة قدره كبيوع الاعيان ، وكلام أحمد انما تناول غير العين ، ولا خلاف فى اعتبار أوصافه ، ودليلهم ينتقض بعقد الإجارة ، وأنه ينفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع اليقين الى معرفة الاوصاف ، ولأن رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده وجهالة ذلك لا تؤثر ، كما لو باع المكيل أو الموزون ، ولأن العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم ، فعلى القول الذى يعتبر صفاته لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم مالا يمكن ضبط صفاته كالجواهر وسائر مالا يجوز السلم فيه ، فإن جعلاه سلما بطل العقد ويجب رده ان كان موجودا أو قيمته ان عرفت اذا كان معدوما، فإن اختلفا فالقول قول المسلم اليه لأنه غارم وهكذا ان حكمنا بصحة العقد ثم انفسخ ، وان اختلفا فى المسلم فيه ، فقال أحدهما فى مائة مدى حنطة وقال الآخر فى مائة مدى شعير تحالفا وتفاسخا وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الراى كما لو اختلفا فى ثمن المبيع

(فصـــل)

وكل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز اسلام أحدهما فى الآخر ، لان السلم من شرطه النساء والتأجيل ، والخرقى منع بيع العروض بعضها ببعض نساء ، فعلى قوله لا يجوز اسلام بعضها فى بعض . وقال ابن أبي موسى: لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا أو ورقا . وقال القاضى ، وهو ظاهر كلام أحمد ههنا ،

قال ابن المنذر: قيل لاحمد يسلم مايوزن فيما يكال ومايكال فيما يوزن؟ فلم يعجبه وعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمنا، وهو قول أبى حنيفة لأنها لا تثبت فى الذمة إلا ثمنا فلا تكون مثمنة، وعلى الرواية التى تقول يجوز النساء فى العروض يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضا كالثمن سواء، ويجوز اسلامها فى الأثمان. قال الشريف أبو جعفر: يجوز السلم فى الدراهم والدنانير، وهذا مذهب مالك والشافعى، لأنها تثبت فى الذمة صداقا، فتثبت سلما كالعروض؛ ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح إسلام أحدهما فى الآخر كالعرض فى العرض، ولا يصح ما قاله أبو حنيفة، فإنه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمنا فعلى هذا إذا أسلم عرضا فى عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين، لأنه أتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره.

والثانى لا يلزمه لأنه يفضى الى كون الثمن هو المثمن، ومن نصر الأول قال هذا لا يصح، لأن الثمن إنما هو فى الذمة وهذا عوض عنه، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة فى كبيرة، فحل المحل وهى على صفة المسلم فيه، فأحضرها فعلى احتمالين أيضا.

أحدهما لايصح، لما ذكرنا، ولانه يفضى الى أن يكون قد استمتع بها وردها خالية عن عقر.

والثانى يجوز لأنه أحضر المسلم فيه على صفته ويبطل الاول بما اذا وجد بها عيباً فردها، واختلف أصحاب الشافعى فى هاتين المسألتين على هذين الوجهين، وان فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجها واحداً لأن الحيل كلها باطلة

الشرط الثانى. المختلف فيه تعيين مكان الإيفاء. قال القاضى ليس بشرط، وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق وطائفة من أهل الحديث. وبه قال أبو يوسف ومحمد. وهو أحد قولى الشافعى، لقول النبى صلى الله عليه وسلم «من أسلم فليسلم فى كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الإيفاء. فدل على أنه لايشترط. وفى الحديث الذى فيه «أن اليهودى أسلم إلى النبى صلى الله عليه وسلم

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما من حائط بني فلان فلا . ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء . ولانه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الايفاء كبيوع الاعيان

وقال الثوري يشترط ذكر مكان الإيفاء ، وهو القول الثاني للشافعي ، وقال الاوزاعي هو مكروه ، لأن القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه حينئذ فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا .

وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي . ان كان لحمله مؤنة وجب شرطه . وإلا فلا يجب ، لانه اذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف مالا مؤنة فيه وقال ابن أبي موسى: ان كانا في برية لزم ذكر مكان الايفاء ، وان لم يكونا في برية فذكر مكان الايفاء حسن ، وان لم يذكراه كان الايفاء في مكان العقد لانه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد . فإذا ترك ذكره كان مجهولا ، وان لم يكونا في برية اقتضى العقد التسليم في مكانه ، فاكتفى بذلك عن ذكره ، فإن ذكره كان تأكيداً فكان حسنا . فان شرط الإيفاء في مكان سواه صح لانه عقد بيع ، فصح شرط ذكر الايفاء في غير مكانه كبيوع الاعيان ، ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح ، كما لو ذكره في مكان العقد

وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى أنه لا يصح ، لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد . لان العقد يقتضي الإيفاء في مكانه

وقال القاضي وأبو الخطاب متى ذكر مكان الايفاء ففيه روايتان ، سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره لان فيه غررا لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان ، فأشبه تعيين المكيال ، واختاره أبو بكر وهذا لا يصح ، فان في تعيين المكان غرضا ومصلحة لهما فأشبه تعيين الزمان ، وما ذكروه من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان ، ثم لا يخلو اما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه . فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الايفاء نفيا للجهالة عنه وقطعا للتنازع . فالغرر في تركه لا في ذكره . وفارق تعيين المكيال فانه لا حاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي الى التنازع . وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع ، فالمعنى المانع من

التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضى لشرط مكان الايفاء ، فكيف يصح قياسهم عليه ؟

« مسألة » قال (وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد ، وكذلك الشركة فيه ، والتولية والحوالة به ، طعاما كان أو غيره)

أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم فى تحريمه خلافا ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعن ربح ما لم يضمن ، ولأنه مبيع لم يدخل فى ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه .

وأما الشركة فيه والتوليه فلا تجوز أيضاً لأنهما بيع على ما ذكرنا من قبل ، وبهذا قال أكثر أهل العلم ، وحكى عن مالك جواز الشركة والتولية ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص فى الشركة والتولية » .

ولنا أنها معاوضة فى المسلم فيه قبل القبض فلم يجز كما لو كانت بلفظ البيع ، ولأنهما نوعا بيع فلم يجوزا فى السلم قبل قبضه كالنوع الآخر ، والخبر لا نعرفه ، وهو حجة لنا لأنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية بيع ، فيدخلان فى النهى ، ويحمل قوله « وأرخص فى الشركة والتولية » على أنه أرخص فيهما فى الجملة لا فى هذا الموضع .

وأما الاقالة : فإنها فسخ وليست بيعاً :

وأما الحوالة به فغير جائزة ، لأن الحوالة إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ، ولأنه نقل للملك فى المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع ، ومعنى الحوالة به : أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع ، فيحيل بما عليه من الطعام على الذى له عنده السلم فلا يجوز ، وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذى عليه لم يصح أيضاً ، لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع .

وأما بيع المسلم فيه من بائعه فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضا عن المسلم فيه ، فهذا حرام ، سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوما ، سواء كان العرض

مثل المسلم فيه فى القيمة أو أقل أو أكثر ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وذكر ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى فيمن أسلم فى بر ، فعدمه عند المحل ، فرضى المسلم بأخذ الشعير مكان البر : جاز ، ولم يجز أكثر من ذلك : وهذا يحمل على الرواية التى فيها ان البر والشعير جنس واحد ، والصحيح فى المذهب خلافه وقال مالك : يجوز ان يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره ، إلا الطعام .

قال ابن المنذر : وقد ثبت أن ابن عباس قال « إذا أسلم فى شىء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً أنقص منه ، ولا تربح مرتين » رواه سعيد فى سننه .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » رواه ابو داود وابن ماجه ، ولأن اخذ العوض عن المسلم فيه بيع فلم يجز كبيعه من غيره ، فأما إن اعطاه من جنس ما اسلم فيه خيراً منه أو دونه فى الصفات جاز لأن ذلك ليس ببيع ، إنما هو قضاء للحق مع تفضل من احدهما .

(فصل) فأما الاقالة فى المسلم فيه فجائزة لانها فسخ ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الاقالة فى جميع ما أسلم فيه جائزة لان الاقالة فسخ للعقد ورفع له من اصله وليست بيعا ، قال القاضى : ولو قال : لى عندك هذا الطعام صالحنى منه على ثمنه جاز وكانت إقالة صحيحة ، فأما الاقالة فى بعض المسلم فيه ، فاختلف عن احمد فيها ، فروى عنه : انها لا تجوز ، ورويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعى وسعيد بن جبير وربيعة وابن أبى ليلى وإسحاق ، وروى حنبل عن احمد انه قال : لا بأس بها ، وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن على وحميد بن عبد الرحمن وعمرو ابن دينار والحكم والثورى والشافعى والنعمان وأصحابه وابن المنذر ، ولان الاقالة مندوب إليها ، وكل معروف جاز فى الجميع جاز فى البعض ، كالابراء والانظار .

ووجه الرواية الاولى : ان السلف فى الغالب يزاد فيه فى الثمن من أجل التأجيل فإذا أقاله فى البعض بقى البعض بالباقى من الثمن وبمنفعة الجزء الذى حصلت الاقالة فيه فلم يجز ، كما لو اشترط ذلك فى ابتداء العقد ويخرج عليه الابراء والانظار فإنه لا يتعلق به شىء من ذلك .

(فصل) إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً ، أو مثله إن كان مثليا ، أو قيمته إن لم يكن مثليا فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن فى عقد آخر حتى يقبضه ، وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم فى شيء فلا يصرفه الى غيره » ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان فى يد المشترى ، وقال القاضى أبو يعلى : يجوز أخذ العوض عنه ، وهو قول الشافعى : لانه عوض مستقر فى الذمة ، فجاز أخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ، ولانه مال عاد اليه بفسخ العقد ؛ فجاز أخذ العوض عنه كالثمن فى المبيع اذا فسخ ، والمسلم فيه مضمون بالعقد ، وهذا مضمون بعد فسخه ، والخبر أراد به المسلم فيه فلم يتناول هذا فإن قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان قرضا أو ثمنا فى بيوع الاعيان لا يجوز جعله سلما فى شيء آخر ، لانه يكون بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز فى القرض وأثمان البياعات اذا فسخت .

« مسألة » قال (واذا أسلم فى جنسين ثمنا واحداً لم يجز ، حتى يبين ثمن كل جنس)

صورة ذلك أن يسلم ديناراً واحداً فى قفيز حنطة وقفيز شعير ، ولا يبين ثمن الحنطة من الدينار ، ولا ثمن الشعير ، فلا يصح ذلك ، وجوزه مالك ، وللشافعى قولان كالمذهبين ، واحتجوا بأن كل عقد جاز على جنسين فى عقدين جاز عليهما فى عقد واحد ، كبيوع الاعيان ، وكما لو بين ثمن أحدهما .

ولنا أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح ، كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ولان فيه غرراً لأننا لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما ، فلا يعرف بم يرجع ؟ وهذا غرر أثر مثله فى السلم ، وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقدره ، وقد ذكرنا ثم وجها آخر : أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لانه فى معناه ولانه لما جاز أن يسلم فى شيء واحد الى أجلين ولا يبين ثمن كل واحد منهما ، كذا ههنا ؛ قال ابن أبى موسى : ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما فى كر حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن ، والاولى صحة هذا لانه اذا تعذر

بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما ، ان تعذر النصف رجع بنصفهما ، وان تعذر الخمس رجع بالدينار وعشرة دراهم .

« مسألة » قال (واذا أسلم فى شىء واحد على أن يقبضه فى أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز) .

قال الاثرم : قلت لأبى عبد الله : الرجل يدفع الى الرجل الدراهم فى الشيء يؤكل ، فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئا ، فقال : على معنى السلم اذاً ؟ فقلت : نعم ، قال : لا بأس . ثم قال : مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه ، وبهذا قال مالك ، وقال الشافعى : اذا أسلم فى جنس واحد الى أجلين ففيه قولان ؛ أحدهما : لا يصح . لان ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر ، وذلك مجهول فلم يجز .

ولنا ان كل بيع جاز فى أجل واحد جاز فى أجلين وآجال ، كبيوع الاعيان فإذا قبض البعض وتعذر قبض الباقى ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقى فضلا عن المقبوض ، لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط الثمن على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله .

« مسألة » قال (واذا لم يكن السلم فيه كالحديد والرصاص ، وما لا يفسد ، ولا يختلف قديمه وحديثه لم يكن عليه قبضه قبل محله)

يعنى بالسلم : المسلم فيه ، سمى باسم المصدر كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهنا ، قال ابراهيم : خذ سلمك أو دون سلمك ؛ ولا تأخذ فوق سلمك ، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يحضره فى محله فيلزمه قبوله لانه أتاه بحقه فى محله فلزمه قبوله كالمبيع المعين ، وسواء كان عليه فى قبضه ضرر أو لم يكن فإن أبى قيل له : اما أن تقبض حقك ، واما أن تبرىء منه فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم اليه للمسلم وبرئت ذمته منه لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته ، وليس له أن يبرىء لانه لا يملك الابراء .

الحال الثانى : أن يأتى به قبل محله فينظر فيه فإن كان مما فى قبضه قبل محله ضررا ما لكونه مما يتغير ، كالفاكهة والاطعمة كلها ، أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله لان له غرضا فى تأخيره بأن يحتاج الى أكله أو اطعامه فى ذلك الوقت . وكذلك الحيوان لانه لا يأمن تلفه ويحتاج الى الانفاق عليه إلى ذلك الوقت ، وربما يحتاج اليه فى ذلك الوقت دون ما قبله ، وهكذا ان كان مما يحتاج فى حفظه الى مؤنة ، كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفا يخشى نهب ما يقبضه ، فلا يلزمه الاخذ فى هذه الاحوال كلها ، لان عليه ضرراً فى قبضه ، ولم يأت محل استحقاقه له ، فجرى مجرى نقص صفة فيه ، وان كان مما لا ضرر فى قبضه ، بأن يكون لا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوى قديمه وحديثه ، ونحو ذلك الزيت والعسل ، ولا فى قبضه ضرر الخوف ، ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه ، لان غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل .

الحال الثالث . أن يحضره بعد محل الوجوب ، فحكمه حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما .

(فصل) ولا يخلو اما أن يحضر المسلم فيه على صفته أو دونها او اجود منها فإن احضره على صفته لزم قبوله لانه حقه وان أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله لان فيه اسقاط حقه فإن تراضيا على ذلك وكان من جنسه جاز وان كان من غير جنسه لم يجز لما تقدم ، وان اتفقا على أن يعطيه دون حقه ويزيده شيئا لم يجز لانه افرد صفة الجودة بالبيع ، وذلك لا يجوز ، ولان بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع وصفه اولى .

الثالث . ان يحضره اجود من الموصوف فينظر فيه فان اتاه به من نوعه لزمه قبوله لانه اتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له فينفعه ولا يضره اذ لا يفوته غرض فان اتى به من نوع آخر لم يلزمه قبوله لان العقد تناول ما وصفاه على الصفة التى شرطاها ، وقد فات بعض الصفات فان النوع صفة ، وقد فات ، فأشبه ما لو فات غيره من الصفات .

وقال القاضي : يلزمه قبوله لأنهما جنس واحد يضم أحدهما الى الاخر فى الزكاة فأشبه الزيادة فى الصفة مع اتفاق النوع ، والأول أجود لأن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الاخر ، فإذا فوته عليه فوت عليه الغرض المتعلق به ، فلم يلزمه قبوله كما لو فوت عليه صفة الجودة ، وهذا مذهب الشافعى ، فإن تراضيا على أخذ النوع بدلا عن النوع الاخر جاز لأنهما جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالاخر متفاضلا ، ويضم أحدهما الى الاخر فى الزكاة ؛ فجاز أخذ أحدهما عن الاخر ، كالنوع الواحد . وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يجوز له أخذه للمعنى الذى منع لزوم أخذه ، وقال إبراهيم : لا تأخذ فوق سلمك فى كيل ولا صفة .

ولنا أنهما تراضيا على دفع المسلم فيه من جنسه ، فجاز كما لو تراضيا على دفع الرديء مكان الجيد أو الجيد مكان الرديء ، وبهذا ينتقض ما ذكروه فإنه لا يلزم أخذ الرديء ، ويجوز أخذه ، ولأن المسلم أسقط حقه من النوع ، فلم يبق بينهما إلا صفة الجودة وقد سمح بها صاحبها .

(فصل) إذا جاءه بالأجود فقال : خذه وزدنى درهما ، لم يصح ، وقال أبو حنيفة ، يصح كما لو أسلم فى عشرة فجاءه بأحد عشر :

ولنا أن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد ، كما لو كان مكيلا أو موزونا فإن جاءه بزيادة فى القدر ، فقال خذه وزدنى درهما ففعلا صح ، لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالعقد .

(فصل) وليس له إلا أقل ما تقع عليه الصفة ، لأنه إذا أسلم إليه ذلك فقد سلم إليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه .

وعليه أن يسلم إليه الحنطة نقية من التبن والقصل والشعير ونحوه مما لا يتناوله اسم الحنطة وان كان فيه تراب كثير يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز ، وإن كان يسيراً لا يؤثر فى المكيال ولا يعيبها لزمه أخذه ، ولا يلزمه أخذ التمر إلا جافا ، ولا يلزم أن يتناهى جفافه ، لأنه يقع عليه الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيباً فله المطالبة بالبدل أو الأرش كالمبيع سواء .

(فصل) ولا يقبض المكيل الا بالكيل ، ولا الموزون إلا بالوزن ، ولا يقبضه جزافا ، ولا بغير ما يقدر به ، لأن الكيل والوزن يختلفان ، فان قبضه بذلك فهو

كقبضه جزافا ، فيقدره بما أسلم فيه ، ويأخذ قدر حقه ويرد الباقى ، ويطالب بالعوض ، وهل له أن يتصرف فى قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين مضى ذكرهما فى بيوع الأعيان ، وان اختلفا فى قدره فالقول قول القابض مع يمينه ، قال القاضى : ويسلم إليه ملء المكيال وما يحمله ، ولا يكون ممسوحا ولا يدق ولا يهز لأن قوله : أسلمت إليك فى قفيز يقتضى مايسعه المكيال وما يحمله ، وهو ماذكرنا

« مسألة » قال (ولا يجوز أن يأخذ رهنا ولا كفيلا من المسلم إليه)

واختلفت الرواية فى الرهن والضمين فى السلم ، فروى المروذى وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو اختيار الخرقى وأبى بكر ، ورويت كراهة ذلك عن على وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والأوزاعى ، وروى حنبل جوازه ورخص فيه عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى وابن المنذر ، لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين — إلى قوله — فرهان مقبوضة) وقد روى عن ابن عباس وابن عمر . أن المراد به السلم ، ولأن اللفظ عام ، فيدخل السلم فى عمومه ، ولأنه أحد نوعى البيع ، فجاز أخذ الرهن بما فى الذمة منه كبيوع الأعيان .

ووجه الاول : أن الرهن والضمين إن أخذ برأس مال السلم فقد أخذا بما ليس بواجب ولا مآله الى الوجوب ، لان ذلك قد ملكه المسلم اليه ، وان أخذا بالمسلم فيه فالرهن انما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن ، ولأنه لا يأمن هلاك الرهن فى يده بعدوان ، فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه ، وقد قال النبي (ص) « من أسلم فى شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود ، ولأنه يقيم ما فى ذمة الضامن مقام مافى ذمة المضمون عنه . فيكون فى حكم أخذ العوض والبدل عنه وهذا لايجوز

(فصل) فإن أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم ، أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه ، بطل الرهن ؛ لزوال الدين الذى به الرهن وبرىء الضامن ، وعلى المسلم اليه رد رأس مال السلم فى الحال ، ولايشترط قبضه فى المجلس ، لانه ليس بعوض ، ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رهنا ثم صالحه من الألف على طعام

معلوم فى ذمته صح ، وزال الرهن لزوال دينه من الذمة ، وبقى الطعام فى الذمة ، ويشترط قبضه فى المجلس ، كيلا يكون بيع دين بدين ، فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الألف الى ذمته برهنه ، لأنه يعود على ما كان عليه ، كالعصير إذا تخمر ثم عاد خلا ، وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير فى ذمته فالحكم مثل ما بينا فى هذه المسألة .

(فصل) وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاه برئت ذمتهما منه ، فإن سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا ، وان قال : خذه عن الذى ضمنت عنى لم يصح ؛ وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه ، لأنه إنما استحق الأخذ بعد الوفاء فإن أوصله الى المسلم برىء بذلك ، لأنه سلم اليه ما سلطه المسلم اليه فى التصرف فيه ، وان أتلفه فعليه ضمانه ، لأنه قبضه على ذلك ، وان صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لان هذا اقالة ، فلا يصح من غير المسلم اليه وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح ، وبرئت ذمته وذمة الضامن ، لأن هذا اقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم يصح ، لانه بيع المسلم فيه قبل القبض .

(فصل) والذى يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت فى الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والأجرة فى الإجارات ، والمهر وعوض الخلع ، والقرض وأرش الجنايات وقيم المتلفات ، ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا مآله الى الوجوب ، كالدية على العاقلة قبل الحول . لأنها لم تجب بعد ولا يعلم افضاؤها الى الوجوب . فانهم لو جنوا أو افتقروا أو ماتوا لم تجب عليهم . فلا يصح أخذ الرهن بها . فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها . لانها قد استقرت فى ذمتهم ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول . لأن الأصل بقاء الحياة واليسار والعقل ولا يجوز أخذ الرهن بالجعل فى الجعالة قبل العمل . لأنه لم يجب ولا يعلم افضاؤه الى الوجوب .

وقال القاضى : يحتمل أخذ الرهن به . لان مآله الى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات . والاولى أولى : لان افضاءها الى الوجوب محتمل . فأشبهت الدية قبل الحول ، ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل . لأنه قد وجب ، ولا يجوز أخذ

الرهن بمال الكتابة ، لانه غير لازم ، فان للعبد تعجيز نفسه ، ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن ؛ لأنه لو عجز صار الرهن للسيد. لأنه من جملة مال المكاتب ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة ، لأنها جعالة ولم يعلم افضاؤها الى الوجوب ، لأن الوجوب انما يثبت بسبق غير المخرج ، وهذا غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا : فيها وجهان ، هل هى إجارة أو جعالة ؟ فان قلنا : هى اجارة جاز أخذ الرهن بعوضها . وقال القاضى : ان لم يكن فيها محلل فهى جعالة ، وان كان فيها محلل فعلى وجهين : وهذا كله بعيد ، لان الجعل ليس هو فى مقابلة العمل ، بدليل أنه لا يستحقه اذا كان مسبوقا ، وقد عمل العمل ، وانما هو عوض عن السبق ، ولا تعلم القدرة عليه ، ولأنه لا فائدة للجاعل فيه ، ولا هو مراد له ، وإذا لم تكن إجارة مع عدم المحلل فمع وجوده أولى ، لأن مستحق الجعل هو السابق ، وهو غير معين ؛ ولا يجوز استئجار رجل غير معين .

ثم لو كانت اجارة لكان عوضها غير واجب فى الحال ولا يعلم إفضاؤه الى الوجوب ولا يظن فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل فى رد الابق واللقطه ، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت فى الذمة كالثمن المعين والأجرة المعينة فى الإجارة والمعقود عليه فى الإجارة اذا كان منافع معينة مثل اجارة الدار والعبد المعين والجمل المعين مدة معلومة ، أو لحمل شيء معين الى مكان معلوم ، لأن هذا حق تعلق بالعين لا بالذمة ، ولا يمكن استيفاؤه أحق من الرهن ، لأن منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها ، وتبطل الاجارة بتلف العين ، وان وقعت الاجارة على منفعة فى الذمة ، كخياطة ثوب وبناء دار جاز أخذ الرهن به ، لأنه ثابت فى الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل لجاز أخذ الرهن به كالدين ، ومذهب الشافعى فى هذا كله كما قلنا .

(فصل) فأما الأعيان المضمونة ، كالمغصوب والعوارى والمقبوض ببيع فاسد والمقبوض على وجه السوم ففيها وجهان :

أحدهما . لا يصح الرهن بها ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الحق غير ثابت

فى الذمة ، فأشبه ما ذكرنا ، ولأنه ان رهنه على قيمتها اذا تلفت فهو رهن على ماليس بواجب ، ولا يعلم افضاؤه الى الوجوب ، وان أخذ الرهن على عينها لم يصح لأنه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن ، فأشبه أثمان البياعات المتعينة .

والثانى : يصح أخذ الرهن بها ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وقال كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها ، يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالمبيع . يجوز أخذ الرهن به . لأنه مضمون بفساد العقد . لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق ، وهذا حاصل . فان الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها . وان تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن . فأشبهت الدين فى الذمة .

(فصل) قال القاضى : كل ماجاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به ، ومالم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به ، الا ثلاثة أشياء : عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها والكتابة لا يصح الرهن بدينها وفى ضمانها روايتان ، ومالم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه ، والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الإرفاق ، فانه اذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوى ألفاً فكأنه ما قبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوى كتابته فما ارتفق بالاجل ، لانه كان يمكنه بيع الرهن أو بقاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده والضمان بخلاف هذا .

والثانى : أن ضرر الرهن يعم ، لأنه يدوم بقاؤه عند المشترى ، فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه .

(فصل) اذا اختلف المسلم والمسلم اليه فى حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر ، وان اختلفا فى أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك ، وان اختلفا فى قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك . وان اتفقا عليه . وقال أحدهما كان فى المجلس قبل التفرق . وقال الآخر : بعده فالقول قول من يدعى القبض فى المجلس لأن معه سلامة العقد ، وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته ، لأنها مثبتة والاخرى نافيه .

باب القرض

والقرض نوع من السلف ، وهو جائز بالسنة والاجماع . أما السنة ، فروى أبو رافع « أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكراً ، فقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره ، فرجع اليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجد فيها إلا خياراً رباعيا ، فقال اعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم

وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين إلا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسرى بى على باب الجنة مكتوبا : الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر ، فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال لأن السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » رواهما ابن ماجه ، وأجمع المسلمون على جواز القرض

﴿ فصـــل ﴾

والقرض مندوب إليه فى حق المقرض مباح للمقترض ، لما روينا من الأحاديث ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه » وعن أبى الدرداء أنه قال « لأن أقرض دينارين ثم يردان ، ثم أقرضهما أحب إلىّ من أن أتصدق بهما » ولأن فيه تفريجا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعونا له ، فكان مندوبا اليه كالصدقة عليه وليس بواجب . قال أحمد : لا إثم على من سئل القرض فلم يقرض ، وذلك لأنه من المعروف ، فأشبه صدقة التطوع ، وليس بمكروه فى حق المقرض .

قال أحمد : ليس القرض من المسألة ، يعنى ليس بمكروه . وذلك لأن النبي(ص) « كان يستقرض » بدليل حديث أبى رافع ، ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه ولأنه إنما يأخذه بعوضه فأشبه الشراء بدين فى ذمته . قال ابن أبى موسى : لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده — يعنى مالا يقدر على وفائه — ومن أراد أن

يستقرض فليعلم من يسأله القرض بحاله ولا يغره من نفسه ، إلا أن يكون الشيء اليسير الذى لا يتعذر رد مثله . قال أحمد : إذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبنى ؛ وقال ما أحب أن يقترض بجاهه لاخوانه . قال القاضى : يعنى إذا كان من يقترض له غير معروف بالوفاء لكونه تغريرا بمال المقرض وإضرارا به ، أما إذا كان معروفا بالوفاء لم يكره ؛ لكونه إعانة له وتفريجا لكربته

فصل

ولا يصح الا من جائز التصرف ، لأنه عقد على المال ، فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ، وحكمه فى الايجاب والقبول حكم البيع على ما مضى ، ويصح بلفظ السلف والقرض لورود الشرع بهما ، وبكل لفظ يؤدى معناهما ، مثل أن يقول: ملكتك هذا على أن ترد على بدله أو توجد قرينة دالة على إرادة القرض فإن قال . ملكتك ولم يذكر البدل ولا وجد ما يدل عليه فهو هبة ، فإن اختلفا فالقول قول الموهوب له ، لأن الظاهر معه لأن التمليك من غير عوض هبة .

(فصل) ولا يثبت فيه خيار ما ، لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره فأشبه الهبة ، والمقترض متى شاء رده ، فيستغنى بذلك عن ثبوت الخيار له .

ويثبت الملك فى القرض بالقبض وهو عقد لازم فى حق المقرض جائز فى حق المقترض فلو أراد المقرض الرجوع فى عين ماله لم يملك ذلك وقال الشافعى له ذلك لأن كل مايملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية .

ولنا أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع ؛ ويفارق المغصوب والعارية ؛ فإنه لم يزل ملكه عنهما ، ولأنه لايملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما . وفى مسألتنا بخلافه ، فأما المقترض فله رد مااقترضه على المقرض اذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ، لانه على صفة حقه فلزمه قبوله كالمسلم فيه ، وكما لو أعطاه غيره ، ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول ما ليس بمثلى لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين ، فاذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالمبيع

(فصل) وللمقرض المطالبة ببدله فى الحال لأنه سبب يوجب رد المثل فى المثليات ، فأوجبه حالا كالاتلاف ، ولو أقرضه تفاريق ، ثم طالبه بها جملة فله

ذلك ، لان الجميع حال : فأشبه ما لو باعه بيوعا حالة ثم طالبه بثمنها جملة وإن أجل القرض لم يتأجل وكان حالا ، وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلا بتأجيله وبهذا قال الحارث العكلى والاوزاعى وابن المنذر والشافعى وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولان المتعاقدين يملكان التصرف فى هذا العقد بالاقالة والامضاء فملكا الزيادة فيه كخيار المجلس . وقال أبو حنيفة : فى القرض وبدل المتلف كقولنا ، وفى ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما ، لان الاجل يقتضى جزءا من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص فى عوضه ، وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص ، فلذلك لم يتأجل ، وبقية الأعواض تجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها .

ولنا أن الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع منه ووعد ، فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئا ، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمى فالخبر مخصوص بالعاريه فيلحق به مما اختلفا فيه لانه مثله .

ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبه القرض وأما الاقالة فهى فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسألتنا ، وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجزىء فيه القبض لما يشترط قبضه والتعين لما فى الذمة

فصل

ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف . قال ابن المنذر « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت فى الذمة سلما سوى بنى آدم ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة « لا يجوز قرض غير المكيل والموزون لأنه لا مثل له أشبه الجواهر

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا » وليس بمكيل ولا موزون ولان ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف ، فجاز قرضه كالمكيل والموزون وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم ، فإن عند أبي حنيفة لو أتلف على رجل ثوبا

ثبت فى ذمته مثله ، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته ، فأما مالا يثبت فى الذمة سلما كالجواهر وشبهها ، فقال القاضى يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة ، لأن مالا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها فى القيم .

وقال أبو الخطاب لا يجوز قرضها لأن القرض يقتضى رد المثل وهذه لا مثل لها ، ولأنه لم ينقل قرضها ولا هى فى معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ولا يثبت فى الذمة سلما فوجب إبقاؤها على المنع ، ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين فى الواجب فى بدل غير المكيل والموزون ، فإذا قلنا الواجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر ومالا يثبت فى الذمة سلما لتعذر رد مثلها . وان قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لإمكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد : أكره قرضهم ، فيحتمل كراهية تنزيه ، ويصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج والمزنى لانه مال يثبت فى الذمة سلما ، فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم فلا يصح قرضهم . اختاره القاضى لانه لم ينقل قرضهم ولا هو من المرافق ، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء ؛ وهو قول مالك والشافعى ، إلا أن يقرضهن من ذوى محارمهن لان الملك بالقرض ضعيف ، فإنه لا يمنعه من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالملك فى مدة الخيار ، واذا لم يبح الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ، ولان الابضاع مما يحتاط لها ، ولو أبحنا قرضهن أفضى الى أن الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه ، ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها ، كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده

ولنا أنه عقد ناقل للملك ، فاستوى فيه العبيد والاماء كسائر العقود ، ولا نسلم ضعف الملك ، فإنه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك فى مدة الخيار . وقولهم متى شاء المقترض ردها ممنوع . فإننا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الأمة وإنما يرد قيمتها . وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه . كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة ، كما لو وقع ذلك فى البيع ، وكما

لو أسلم جارية فى أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل . ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه فى الجوارى . كالبيع فى مدة الخيار . وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ما عرف فى مواضعه . وعدم نقله ليس بحجة . فان أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز

(فصـــل)

واذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لأن القرض فيها يوجب رد المثل . فاذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء . وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يجز لذلك . ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم فى مثل ذلك . وقال الامام أحمد فى ماء بين قوم لهم نوب فى أيام مسماة فاحتاج بعضهم الى أن يستقى فى غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله فى يوم نوبته فلا بأس . وان كان غير محدود كرهته . فكرهه اذا لم يكن محدوداً لأنه لا يمكنه رد مثله ، وان كانت الدراهم يتعامل بها عددا فاستقرض عدداً رد عدداً . وان استقرض وزنا رد وزنا . وهـــذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعى . واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عددا وأعطاه بالبصرة عددا ، لانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس . فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وزناً فرد وزناً

(فصل) ويجب رد المثل فى المكيل والموزون لانعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله أن ذلك جائز وأن للمسلف أخذ ذلك . ولان المكيل والموزون يضمن فى الغصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا . فأما غير المكيل والموزون ففيه وجهان : أحدهما يجب رد قيمته يوم القرض لانه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال الاتلاف والغصب

والثانى يجب رد مثله لان النبى صلى الله عليه وسلم « استسلف من رجل بكراً فرد مثله » ويخالف الاتلاف فإنه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لانها أحصر والقرض أسهل . ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا ، ويعتبر مثل صفاته تقريبا

فإن حقيقة المثل إنما توجد فى المكيل والموزون فإن تعذر المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل لأن القيمة ثبتت فى ذمته حينئذ ، وإذا قلنا : تجب القيمة وجبت حين القرض لأنها حينئذ ثبتت فى ذمته .

(فصـــل) ويجوز قرض الخبز ، ورخص فيه أبو قلابة ومالك ، ومنع منه أبو حنيفة .

ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات ، وإذا أقرضه بالوزن وردمثله بالوزن جاز ، وإن أخذه عددا فرده عددا فقال الشريف أبو جعفر : فيه روايتان .

إحداهما : لا يجوز لأنه موزون أشبه سائر الموزونات .

والثانية : يجوز ، قال ابن أبى موسى : إذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل ، فلا يحتاج إلى الوزن والوزن أحب إلى . ووجه الجواز ما روت عائشة رضى الله عنها قالت : قلت « يا رسول الله ، إن الجيران يستقرضون الخبز والخمير ، ويردون زيادة ونقصانا ، فقال : لا بأس . إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل » ذكره أبو بكر فى الشافى بإسناده ، وفيه أيضا بإسناده عن معاذ بن جبل « أنه سئل عن استقراض الخبز والخمير ؟ فقال : سبحان الله ، إنما هذا من مكارم الأخلاق ، فخذ الكبير وأعط الصغير ، وخذ الصغير وأعط الكبير ، خيركم أحسنكم قضاء ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك ، ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه ، وتدخله المسامحة ، فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجرة ، والركوب فى سفينة الملاح وأشباه هذا فإن شرط ان يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود ، أو أعطاه مثل ما اخذ وزاده كسرة كان ذلك حراما ، وكذلك إن اقرضه صغيراً قصد ان يعطيه كبيرا ، لأن الأصل تحريم ذلك ، وإنما أبيح لمشقة إمكان التحرز منه ، فإذا قصد او شرط او افردت الزيادة فقد امكن التحرز منه فحرم بحكم الأصل كما لو فعل ذلك فى غيره .

(فصل) وكل قرض شرط فيه ان يزيده ، فهو حرام بغير خلاف ، قال ابن المنذر : أجمعوا على ان المسلف اذا شرط على المستسلف زيادة او هدية فأسلف على ذلك : ان اخذ الزيادة على ذلك ربا ، وقد روى عن ابى بن كعب وابن عباس

وابن مسعود : انهم نهوا عن قرض جر منفعة ، ولأنه عقد ارفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة اخرجه عن موضوعه ، ولا فرق بين الزيادة فى القدر او فى الصفة ، مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحا او نقداً ليعطيه خيراً منه وان شرط ان يعطيه اياه فى بلد آخر وكان لحمله مؤنة لم يجز لأنه زيادة وان لم يكن لحمله مؤنة جاز ، وحكاه ابن المنذر عن على وابن عباس والحسن بن على وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الأسود وأيوب السختيانى والثورى واحمد واسحاق وكرهه الحسن البصرى وميمون بن ابى شبيب وعبدة بن ابى لبابة ومالك والأوزاعى والشافعى ، لأنه قد يكون فى ذلك زيادة . وقد نص أحمد على ان من شرط ان يكتب له بها سفتجة لم يجز ومعناه : اشتراط القضاء فى بلد آخر ، وروى عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعا .

وقال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها الى مصعب ابن الزبير بالعراق فيأخذونها منه ، فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأسا . وروى عن على رضى الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأسا ، وممن لم ير به بأسا : ابن سيرين والنخعى ، رواه كله سعيد .

وذكر القاضى ان للوصى قرض مال اليتيم فى بلد ليوفيه فى بلد اخرى ليربح خطر الطريق والصحيح جوازه لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما ، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التى لا مضرة فيها بل بمشروعيتها ، ولان هذا ليس بمنصوص على تحريمه ، ولا فى معنى المنصوص فوجب ابقاؤه على الاباحة .

وان شرط فى القرض ان يؤجره داره او يبيعه شيئا او ان يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز ؛ لان النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وسلف » ولانه شرط عقدا فى عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط ان يبيعه الآخر داره ، وان شرط ان يؤجره داره بأقل من اجرتها او على ان يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها او على ان يهدى له هدية او يعمل له عملا كان ابلغ فى التحريم ، وان فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله ولم يجز قبوله الا ان يكافئه او يحسبه من دينه الا ان يكون شيئا جرت العادة به بينهما قبل القرض لما روى الاثرم « ان رجلا كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدى اليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة

عشر درهما ، فسأل ابن عباس فقال : أعطه سبعة دراهم ، وعن ابن سيرين « أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم ، فأهدى اليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه ، فردها عليه ولم يقبلها فأتاه أبي فقال : لقد علم أهل المدينة أني من أطيبهم ثمرة : وأنه لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى اليه بعد ذلك فقبل » وعن زر بن حبيش قال « قلت لأبي بن كعب : اني أريد ان أسير الى ارض الجهاد الى العراق ، فقال . انك تأتي ارضا فاش فيها الربا فان اقرضت رجلا قرضا فأتاك بقرضك ليؤدي اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته» رواهما الاثرم .

وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال « قدمت المدينة ، فلقيت عبد الله بن سلام — وذكر حديثا — وفيه . ثم قال لي . انك بأرض فيها الربا فاش فاذا كان لك على رجل دين فأهدى اليك حمل تبن أو حمل شعير او حمل قت فلا تأخذه فانه ربا » .

قال ابن ابي موسى ، ولو اقرضه قرضا ثم استعمله عملا لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضا جر منفعة ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حسب له ما أكله ، لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أقرض احدكم قرضا ، فأهدى اليه او حمله على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبله ، الا ان يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » وهذا كله في مدة القرض ، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط على ما سنذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) فان اقرضه مطلقا من غير شرط فقضاه خيراً منه في القدر ، او الصفة او دونه برضاهما جاز ؛ وكذلك ان كتب له بها سفتجة ، او قضاه في بلد آخر جاز ، ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي واسحاق ، وقال أبو الخطاب . ان قضاه خيراً منه او زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة فعلى روايتين ، وروى عن ابي بن كعب وابن عباس وابن عمر ، انه يأخذ مثل قرضه : ولا يأخذ فضلا لانه اذا أخذ فضلا كان قرضا جر منفعة .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « استسلف بكراً فرد خيراً منه ، وقال .

خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه ، وللبخارى « أفضلكم : أحسنكم قضاء » ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً فى القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه ، فحلت كما لو لم يكن قرض ، وقال ابن أبى موسى : إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضاثانيا ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه فان أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه كان حراما ، قولا واحدا . وإن كان الرجل معروفا بحسن القضاء لم يكره اقراضه ، وقال القاضى : فيه وجه آخر أنه يكره ، لأنه يطمع فى حسن عادته ، وهذا غير صحيح فان النبى صلى الله عليه وسلم كان معروفا بحسن القضاء ، فهل يسوغ لأحد أن يقول : ان اقراضه مكروه ؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم ؛ وهو أولى الناس بقضاء حاجته واجابة مسألته : وتفريج كربته ، فلا يجوز أن يكون ذلك مكروها وانما يمنع من الزيادة المشروطة ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وان جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز قولا واحدا لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه . فكان ربا .

﴿ فصـــل ﴾

وان شرط فى القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضـــه ، وكان ذلك مما يجرى فيه الربا لم يجز ، لإفضائه الى فوات المماثلة فيما هى شرط فيه ، وان كان فى غيره لم يجز أيضا ، وهو احد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وفى الوجه الآخر ، يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ، وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه ، بخلاف الزيادة .

ولنا أن القرض يقتضى المثل فشرط النقصان يخالف مقتضاه ، فلم يجز كشرط الزيادة .

(فصل) ولو اقترض من رجل نصف دينار فدفع اليه ديناراً صحيحا ، وقال : نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك ، أو سلما فى شىء صح ، وان امتنع المقرض من قبوله فله ذلك لأن عليه فى الشركة ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الثانى من الدينار سلعة جاز الا أن يكون ذلك عن مشارطة فقال : أقضيك صحيحا بشرط أن آخذ منك بنصفه الباقى قيصا فإنه لا يجوز لأنه لم يدفع اليه صحيحا الا ليعطيه بالنصف الباقى فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضى ، ولو لم يكن شرطا جاز ،

فإن ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز ، وكانا شريكين فيه ، وان اتفقا على كسره كسراه ، فإن اختلفا لم يجبر أحدهما على كسره لأنه ينقص قيمته .

فصــــل

ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفا ليوفيه كل شهر شيئا معلوما جاز ، لأنه انما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشترى به حنطة يوفيه اياها لم يكن محرما لذلك ، ولو أراد رجل أن يبعث الى عياله نفقة فأقرضها رجلا على أن يدفعها الى عياله فلا بأس اذا لم يأخذ عليها شيئا ، ولو أقرض أكاره ما يشترى به بقراً يعمل عليها فى أرضه أو بذراً يبذره فيها فإن شرط ذلك فى القرض لم يجز ، لانه شرط ما ينتفع به ، فأشبه شرط الزيادة ، وان لم يكن شرطا فقال ابن أبى موسى : لا يجوز ، لانه قرض جر منفعة ، قال ولو قال . أقرضنى ألفا وادفع الىّ أرضك أزرعها بالثلث كان خبيثا ، والاولى جواز ذلك ، اذا لم يكن مشروطا ، لان الحاجة داعية اليه ، والمستقرض انما يقصد نفع نفسه ، وانما يحصل انتفاع المقرض ضمنا فأشبه أخذ السفتجة به وايفاءه فى بلد آخر ؛ ولانه مصلحة لهما جميعا فأشبه ما ذكرنا .

(فصل قال أحمد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتاع بها منه شيئا فخرجت زيوفا : فالبيع جائز ، ولا يرجع عليه بشيء ، يعنى لا يرجع البائع على المشترى ببدل الثمن لانها دراهمه فعيبها عليه ، وانما له على المشترى بدل ما أقرضه اياه بصفته زيوفا ، وهذا يحتمل أنه أراد فيما اذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها . فأما ان باعه فى ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها ، فينبغى أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه ، وللمشترى ردها على البائع ، وفاء عن القرض . ويبقى الثمن فى ذمته ، وان حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز ، قال : ولو أقرض رجلا دراهم ، وقال : اذا مت فأنت فى حل كانت وصية . وان قال : ان مت فأنت فى حل لم يصح ، وذلك لان هذا ابراء معلق على شرط ولا يصح تعليقه على الشروط ، والاول وصية ، لانه علق ذلك على موت نفسه ؛ والوصية جائزة .

قال : ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائة عدداً والوزن واحد ، وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن جاز ، وان كانت تنفق برءوسها فلا ، وذلك لأنها إذا كانت تنفق في مكان برءوسها كان ذلك زيادة ، لأن التسعين من المائة تقوم مقام التسعين التي أقرضه إياها ، ، ويستفضل عشرة ، ولا يجوز اشتراط الزيادة ، وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كثر عددها ، قال . ولو قال اقترض لي من فلان مائة ، ولك عشرة ، فلا بأس ، ولو قال : اكفل عني ولك ألف لم يجز ، وذلك لأن قوله : اقترض لي ، ولك عشرة جعالة على فعل مباح لجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة ، وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين ، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه ، فصار كالقرض ، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جارا للمنفعة فلم يجز .

فصل

قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات ، سواء رخص سعره أو غلا ، أو كان بحاله ، ولو كان ما أقرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه لزم قبوله ، سـواء تغير سعره أو لم يتغير ، وان حدث به عيب لم يلزمه قبوله . وان كان القرض فلوساً أو مكسرة فحرمها السلطان ، وتركت المعاملة بها ، كان للمقرض قيمتها ، ولم يلزمه قبولها : سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها ، لأنها تعيبت في ملكه ، نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة ، وقال : يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه ، وسواء نقصت قيمتها قليلا أو كثيراً .

قال القاضي : هذا إذا اتفق الناس على تركها ، فأما ان تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك والليث بن سعد والشافعي : ليس له الا مثل ما أقرضه ، لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها ؛ فجرى مجرى نقص سعرها .

ولنا أن تحريم السلطان لها منع إنفاقها وأبطل ماليتها ، فأشبه كسرها ، أو تلف أجزائها ، وأما رخص السعر فلا يمنع ردها ، سواء كان كثيراً ، مثل أن كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق أو قليلا ، لأنه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر ، فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت .

(فصــــل) وإذا أقرضه ما لحمله مؤنة ثم طالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه ، لأنه لا يلزمه حمله له الى ذلك البلد ، فإن طالبه بالقيمة لزمه ؛ لأنه لا مؤنة لحملها ، فإن تبرع المستقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك ، لأن عليه ضرراً فى قبضه لأنه ربمـا احتاج الى حمله الى المكان الذى أقرضه فيه ، وله المطالبة بقيمة ذلك فى البلد الذى أقرضه فيه ، لأنه المكان الذى يجب التسليم فيه ، وان كان القرض أثمانا أو مالا مؤنة فى حمله وطالبه بهـا وهما ببلد آخر ، لزمه دفعه اليه ، لأن تسليمه اليه فى هذا البلد وغيره واحد .

(فصــــل) وان أقرض ذمى ذمياً خمراً ، ثم أسلما أو أحدهما ، بطل القرض ، ولم يجب على المقترض شىء ، سواء كان هو المسلم أوالآخر، لأنه اذا أسلم لم يجز أن يجب عليه خمر ، لعـــدم ماليتها ؛ ولا يجب بدلها لأنها لا قيمة لها ، ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها وإن كان المسلم الآخر لم يجب له شىء لذلك .

كتاب الرهن

الرهن فى اللغة : الثبوت والدوام ، يقال : ماء راهن ، أى راكد ، ونعمة راهنة ، أى ثابتة دائمة ، وقيل : هو من الحبس ، قال الله تعالى (٥٢ : ٢٢ كل امرىء بما كسب رهين) وقال (٧٤ : ٣٨ كل نفس بما كسبت رهينة)

وقال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك له   يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها ؛ لشدة وجده بها : بالرهن الذى يلزمه المرتهن فيبقيه عنده ، ولا يفارقه ، وغلق الرهن : استحقاق المرتهن إياه ، لعجز الراهن عن فكاكه ، والرهن فى الشرع : المال الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاؤه ممن هو عليه ، وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٣ وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرُهن مقبوضة) وتقرأ (فرهان) والرهان جمع رهن ، والرُّهن جمع الجمع قاله الفراء ، وقال الزجاج : يحتمل أن يكون جمع رهن ، مثل سقف وسقف .

وأما السنة : فروت عائشة رضى الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه » متفق عليه : وروى أبو هريرة (رض) قال ، قال رسول الله (ص) « الظهر يركب بنفقته ، اذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته ، اذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب ويشرب . النفقة » رواه البخارى ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن » وأما الاجماع . فأجمع المسلمون على جواز الرهن فى الجملة .

(فصل) ويجوز الرهن فى الحضر كما يجوز فى السفر : قال ابن المنذر . لا نعلم أحداً خالف فى ذلك ، الا مجاهداً ، قال . ليس الرهن الا فى السفر ، لأن الله تعالى شرط السفر فى الرهن بقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه » وكانا بالمدينة ، ولأنها وثيقة تجوز فى السفر ، فجازت فى الحضر كالضمان ، فأما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب ، لكون الكاتب يعدم فى السفر غالبا ، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور معه أيضا .

(فصل)

والرهن غير واجب ، لانعلم فيه مخالفا ، لانه وثيقة بالدين ، فلم يجب كالضمان والكتابة ، وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا ، بدليل قول الله تعالى (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته) ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة ، والكتابة غير واجبة ، فكذلك بدلها .

(فصل) ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال .

أحدها . أن يقع بعد الحق ، فيصح بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة الى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به كالضمان ، ولأن الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) فجعله بدلا عن الكتابة ، فيكون فى محلها ومحلها بعد وجوب الحق ؛ وفى الآية مايدل على ذلك وهو قوله (اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله جزاء المداينة مذكوراً بعدها بفاء التعقيب

الحال الثانى . أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين فيقول . بعتك ثوبى هذا

بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك سعداً ، فيقول : قبلت ذلك ، فيصح أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، لأن الحاجة داعية الى ثبوته ، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من إلزام المشترى عقده ، وكانت الخيرة إلى المشترى ، والظاهر : أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق .

الحال الثالث : أن يرهنه قبل الحق ، فيقول : رهنتك عبدى هذا بعشرة تقرضنيها ، فلا يصح فى ظاهر المذهب ، وهو اختيار أبى بكر والقاضى ، وذكر القاضى : أن أحمد نص عليه فى رواية ابن منصور ، وهو مذهب الشافعى ، واختار أبو الخطاب . أنه يصح ، فمتى قال : رهنتك ثوبى هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ، ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة ، لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان ، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث فى المستقبل كضمان الدرك .

ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله ، فلم تصح قبله كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة ، والثمن لا يتقدم البيع ، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وان سلمنا فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول ، فجاز من غير حق ثابت كالنذر بخلاف الرهن .

« مسألة » قال ﴿ ولا يصح الرهن الا أن يكون مقبوضا من جائز الأمر ﴾

يعنى لا يلزم الرهن الا بالقبض ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال بعض أصحابنا : ما كان مكيلا أو موزونا لا يلزم رهنه إلا بالقبض ، وفيما عداهما روايتان .

إحداهما : لا يلزم الا بالقبض والأخرى : يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا فى رواية الميمونى ، وحمل القاضى كلام الخرقى على المكيل والموزون خاصة : وليس بصحيح ، فإن كلام الخرقى مع عمومه قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم ، وهو قوله : فإن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لا ينقل كالدور والأرضين فقبضه بتخلية ، راهنه بينه وبينه .

وقال أحمد : فى الدار والجارية اذا ردها الى الراهن لم يكن رهنا فى الحال ،

وهذا كقول الخرقى ، وقال مالك : يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض ، لأنه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع .

ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة ، ولأنه عقد ارفاق يفتقر الى القبول ، فافتقر الى القبض كالقرض ، ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه ، كما لو مات الراهن ، ولا يشبه البيع ، فإنه معاوضة ، وليس بارفاق ، وقول الخرقى « من جائز الأمر » يعنى أن الراهن الذى يرهن ويقبض يكون جائز التصرف فى ماله ، وهو الحر المكلف الرشيد ، ولا يكون محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس ويعتبر ذلك فى حال رهنه واقباضه ، لأن العقد والتسليم ليس بواجب ، وانما هو الى اختيار الراهن ، فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولأنه نوع تصرف فى المال ، فلم يصح من المحجور عليه من غير اذن كالبيع .

فإن جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته ، كالبيع الذى فيه الخيار ، ويقوم ولى المجنون مقامه ، فإن كان المجنون الراهن وكان الحظ فى التقبيض ، مثل أن يكون شرطا فى بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه ، وان كان الحظ فى تركه لم يجز له تقبيضه ، وان كان المجنون المرتهن قبضه وليه ان اختار الراهن ، وان امتنع لم يجبر ، واذا مات قام وارثه مقامه فى القبض . فإن مات الراهن لم يلزم ورثته تقبيضه ، لأنهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك ، فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فأحب الورثة تقبيض الرهن جاز ، وان كان عليه دين سواه فظاهر المذهب : أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن ، نص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد ، وهو مذهب الشافعى .

وذكر القاضى فيه رواية أخرى . أن لهم ذلك ، أخذاً مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال : إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ، ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله ، وهذا لا يعارض ما نقله على بن سعيد ، لأنه خاص وهذا عام ، والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جدا لندرتها ، فكيف يعارض به الخاص ؟ لكن يجوز أن يكون هذا لا حكم

مبنياً على الرواية التى لا يعتبر فيها القبض فى غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقبيضه على الراهن ؛ فكذلك على وارثه ، ويختص هذا بما عدا المكيل والموزون ، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقبيضه ، لأن الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه فى الرهن ، فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم ، كما لو أفلس الراهن ، إلا إذا قلنا إن للورثة التصرف فى التركة ووفاء الدين من أموالهم .

فإن قيل فما الفائدة فى القول بصحة الرهن إذا لم يختص به المرتهن ؟

قلنا فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه فيتم الرهن ، ولا فرق فى جميع ما ذكرناه بين ما قبل الإذن فى القبض وما بعده ، لكون الإذن يبطل بالجنون والموت والإغماء والحجر

(فصل)

ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه ، لأن فيه تخصيصا للمرتهن بثمنه . وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على ما أسلفناه ، وإن أغمى عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لأحد تقبيضه ، لأن المغمى عليه لا ولاية عليه ، وان أغمى على المرتهن لم يكن لأحد أن يقوم مقامه فى قبض الرهن أيضا وانتظر إفاقته ، وان خرس وكانت له كتابة مفهومة أو إشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين إن أذن فى القبض جاز وإلا فلا ، وان لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يجز القبض ، وان كان أحد هؤلاء قد أذن فى القبض فحكمه حكم من لم يأذن ، لأن اذنهم يبطل بما عرض لهم ، وجميع هذا تناوله قول الخرقى « من جائز الأمر » وليس أحد من هؤلاء جائز الأمر .

(فصل) اذا تصرف الراهن فى الرهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جعله صداقا أو رهنه ثانيا بطل الرهن الأول ، سواء أقبض الهبة والمبيع والرهن الثانى أو لم يقبضه ، لأنه أخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك ، وان دبر العبد أو أجره أو زوج الأمة لم يبطل الرهن ، لأن هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ، ولأنه لا يمنع ابتداء الرهن فلا

يقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد انبني على صحة رهن المكاتب ، فإن قلنا يجوز رهنه لم يبطل رهنه ، وان قلنا لا يجوز رهنه بطل رهنه كما لو أعتقه .

(فصـــل)

واستدامة القبض شرط للزوم الرهن ، فإذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن : وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض ، سواء أخرجه بإجارة أو اعارة أو ايداع أو غير ذلك ، فاذا عاد فرده اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق ، قال أحمد فى رواية ابن منصور : اذا ارتهن داراً ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت اليه صارت رهنا ، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها اليه لتخبز لهم ، فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن ، فان لم يكن وطئها فلا شيء . قال أبو بكر : لا يكون رهنا فى تلك الحال ، فاذا ردها رجعت الى الرهن ، وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة ، وهذا على القول الصحيح ، فأما على قول من قال : ابتداء القبض ليس بشرط ، فأولى أن يقول الاستدامة غير مشترطة ؛ لأن كل شرط يعتبر فى الاستدامة يعتبر فى الابتداء ، وقد يعتبر فى الابتداء مالا يعتبر فى الاستدامة

قال أبو الخطاب : اذا قلنا القبض شرط فى الابتداء كان شرطا فى الاستدامة وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطا ، لانه عقد يعتبر القبض فى ابتدائه ، فلم يشترط استدامته كالهبة .

ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) لأنها احدى حالتي الرهن ، فكان القبض فيها شرطا كالابتداء ، ويفارق الهبة لأن القبض فى ابتدائها يثبت الملك ، فاذا ثبت استغنى عن القبض ثانيا والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه ، فاذا لم يكن فى يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصـــل وثيقة ، وان أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو اباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن ، لأن يده ثابتة حكما فكأنها لم تزل

(فصل) وليس للمرتهن قبض الرهن الا باذن الراهن ، لانه لا يلزمه تقبيضه فاعتبر اذنه فى قبضه كالواهب ، فإن تعدى المرتهن فقبضه بغير اذن لم يثبت حكمه

وكان بمنزلة من لم يقبض ، وإن أذن الراهن فى القبض ثم رجع عن الإذن قبله زال حكم الاذن وإن رجع عن الاذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه . لأن الرهن قد لزم لاتصال القبض به وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الاذن فى القبض الثانى لأنه قبض يلزم به الرهن أشبه الاول . ويقوم ما يدل على الاذن مقامه ، مثل إرساله العبد الى مرتهنه ورده لما أخذه من المرتهن الى يده ونحو ذلك لأن ذلك دليل على الاذن ، فاكتفى به كدعاء الناس الى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجرى مجرى الاذن فى أكله

« مسألة » قال ﴿ والقبض فيه من وجهين ، فإن كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه إياه من راهنه منقولا ، وان كان مما لا ينقل كالدور والارضين فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه ﴾

وجملة ذلك أن القبض فى الرهن كالقبض فى البيع والهبة ، فإن كان منقولا فقبضه نقله أو تناوله ، وان كان أثمانا أو شيئا خفيفا يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها، وان كان مكيلا رهنه بالكيل أو موزونا رهنه بالوزن فقبضه اكتياله أو اتزانه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا سميت الكيل فكل » وان ارتهن الصبرة جزافا أو كان ثيابا أو حيوانا فقبضه نقله . لقول ابن عمر « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً ، فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » متفق عليه ، وإن كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل . بأن يفتح له باب الدار أو يسلم اليه مفتاحها ، وان خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم ، لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمرة فى الشجرة . وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن فسلمها إليه صح التسليم ، ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لان القبض حصل فيهما جميعا فيكون موجودا فى الرهن منهما .

(فصـــل) وان رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل خلى بينه وبينه ، سواء حضر الشريك أو لم يحضر ، وان كان منقولا كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها ، ولا يمكن تناولها الا برضا الشريك ، فان رضى الشريك تناولها ، وان امتنع

الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض ، وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا تكون في يده لهما ، وإن ناولها الراهن للمرتهن بغير رضا الشريك فتناولها، فإن قلنا استدامة القبض شرط لم يكفه ذلك التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لأن الرهن حصل في يده مع التعدي في غيره ، فأشبه ما لو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب لغيره فتناولهما معاً ولو رهنه ثوبا فاشتبه عليه بغيره فسلم اليه أحدهما لم يثبت القبض ، لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن ، فان تبين أنه الرهن تبين صحة التسليم ، وان سلم اليه الثوبين معا حصل القبض لأنه قد تسلم الرهن يقينا .

فصل

ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها ، ثم خرج الراهن صح القبض ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها ، لأنه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخليه

ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع ، فأشبه ما لو كانا خارجين عنها ، ولا يصح ما ذكره ، ألا ترى أن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ، ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها ؟ ولأنه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لإعادة التخلية .

(فصل) وإن رهنه مالا له في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لأنه مالك له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد ، فانه قال : إذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن ، فلم يعتبر أمراً زائداً ، وذلك لأن اليد ثابتة والقبض حاصل ، وإنما يتغير الحكم لاغير ، ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ وديعتك ، فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد

وقال القاضي وأصحاب الشافعي : لا يصير رهنا حتى تمضي مدة يتأتى قبضه فيها ، فان كان منقولا فبمضي مدة يمكن نقله فيها ، وان كان مكيلا فبمضي مد

يمكن اكتياله فيها ، وإن كان غير منقول فبمضى مدة التخلية ، وإن كان غائبا عن المرتهن لم يصر مقبوضا حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها ، لأن العقد يفتقر إلى القبض ، والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه ، ويكفى ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض ، لأنه مقبوض حقيقة ؛ فإن تلف قبل مضى مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ، ثم هل يفتقر الى الإذن من الراهن فى القبض ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما يفتقر لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم، فلم يحصل بغير إذن كما لو كان فى يد الراهن ، وإقراره فى يده لا يكفى ، كما لو أقر المغصوب فى يد غاصبه مع إمكان أخذه منه

والثانى لا يفتقر الى إذن فى القبض لأن إقراره له فى يده بمنزلة إذنه فى القبض فإن أذن له فى القبض ثم رجع عنه قبل مضى مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ، ثم تمضى مدة يقبضه فى مثلها

(فصل) فإذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض فى بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان . وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعى لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذى كان ثابتا فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافى بينهما ، بدليل أنه لو تعدى فى الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه ، لأنه أحد حالتى الرهن

ولنا أنه مأذون له فى إمساكه رهنا لم يتجدد منه فيه عدوان ، فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه . وقولهم لا تنافى بينهما ممنوع ، فان الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ، ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ، ويد المرتهن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة ، وهذان متنافيان ولأن السبب المقتضى للضمان زال فزال الضمان لزواله ، كما لو رده الى مالكه . وذلك لأن سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما . وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيراً ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه . وأما إذا تعدى فى الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيراً . وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت

(فصل) ويجوز أن يوكل فى قبض الرهن ، ويقوم قبض وكيله مقام قبضه فى لزوم الرهن وسائر أحكامه ، وإن وكل المرتهن الراهن فى قبض الرهن له من نفسه لم يصح ، ولم يكن ذلك قبضاً لأن الرهن وثيقة ليستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فإذا كان فى يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة ، وقد ذكرنا فى البيع أن المشترى لو دفع إلى البائع غرارة وقال : كل حق فى هذه ففعل ، كان ذلك قبضا فيخرج ههنا كذلك .

(فصل) وإذا أقر الراهن بتقبيض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان ذلك مقبولا فيما يمكن صدقهما فيه ، وان أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكره وقال : أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكر ، فالقول قول المقر له ، فإن طلب المنكر يمينه ففيه وجهان :

أحدهما . لا يلزمه يمين لان الإقرار أقوى من البينة ، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود علية يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الإقرار .

والثانى : يلزمه اليمين ، وهو قول الشافعى فى منصوصه لان العادة جارية بأن الإنسان يشهد على نفسه بالقبض قبله ، فتسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة وهذا أجود ، ويفارق البينة فإنها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة .

وقال القاضى : ان كان المقر غائبا فقال : أقررت لان وكيلى كتب الى بذلك ، ثم بان لى خلافه ؛ سمعنا قوله ، وأحلفنا خصمه وان أقر أنه باشر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

فأما ان اختلفا فى القبض فقال المرتهن : قبضته وأنكر الراهن ، فالقول قول من هو فى يده لانه ان كان فى يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ، ولم يوجد ما يدل على خلافه ، وان كان فى يد المرتهن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل فى يده الا بعد قبضه ، وان اختلفا فى الاذن فقال الراهن : أخذته بغير اذنى . قال . بل بإذنك وهو فى يد المرتهن ، فالقول قوله لان الظاهر معه فإن العقد قد وجد ويده تدل على أنه بحق ، ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن ، وهذا مذهب الشافعى ، وذكر القاضى هذين الوجهين .

فصــل

وإذا رهنه عينين فتلفت احداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقيه لان العقد كان صحيحا فيهما وانما طرأ انفساخ العقد فى احداهما فلم يؤثر، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقالة ، والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها ، وان كان التلف بعد قبض الاخرى فقد لزم الرهن فيها فإن كان الرهن مشروطا فى بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله فإن رضى لم يكن له المطالبة ببدل التالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن . ولو تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار فإذا تلف بعضه أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها ، وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه فان امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تتلف الاخرى .

• (فصل وان رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وأنقاضها باقية ، ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا فى بيع لانها تعيبت ونقصت قيمتها .

فان قيل فلم لا ينفسخ عقد الرهن كما تنفسخ الاجارة ؟

قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى ، وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه ، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التى فيها المالية وهى باقية فعلى هذا تكون العرصة والانقاض من الاخشاب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد ورد على جميع الاعيان والانقاض منها ؛ وما دخل فى العقد استقر بالقبض .

(فصل) وكل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق فى كل عين جاز بيعها ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ، ومحل الشىء محل لحكمته الا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفى الحكم لانتفائه فيصح رهن المشاع لذلك ، وبه قال ابن أبى ليلى ومالك والبتى والاوزاعى وسوار والعنبرى والشافعى وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأى : لا يصح رهنه الا أن يرهنه

من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، أو يرهن رجلا داره من رجلين فيقبضانها معاً لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع .

بيانه أن مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لأن شريكه ينتزعه يوم نوبته ولأن استدامة القبض شرط ، وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب .

ولنا أنها عين يجوز بيعها فى محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكره برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية فإنه يصح عندهم .

(فصــــل)

ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه ، سواء رهنه مشاعا فى نصيبه ، مثل أن يرهن نصف نصيبه ، أو يرهن نصيبه من معين ، مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه ، وقال القاضى : يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شىء تمكن قسمته لاحتمال أن يقتسم الشريكان فيحصل الرهن فى حصة شريكه .

ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره ، وما ذكره لا يصح لأن الراهن ممنوع من التصرف فى الرهن بما يضر بالمرتهن ، فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل فى المحاربة والجانى ، سواء كانت جنايته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضى : لا يصح رهن القاتل فى المحاربة واختار أبو بكر : أنه لا يصح رهن الجانى وهو مذهب الشافعى ، ومبنى الخلاف فى هذا : على الخلاف فى بيعه وقد سبق الكلام فيه فى موضعه ثم إن كان المرتهن عالما بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة ، فأشبه المشترى إذا علم العيب وإن لم يكن عالما ثم علم بعد إسلام المرتد وفداء الجانى فكذلك لأن العيب

زال ، فهو كما لو زال عيب المبيع ، وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطا فى عقد بيع لأن الشرط اقتضاه سليما فإذا سلم إليه معيبا ملك الفسخ كالبيع ، وإن اختار إمساكه فليس له أرش ولا شيء لان الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى ، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص ، أو أخذ فى الجناية فلا أرش للمرتهن ، وذكر القاضى : أن قياس المذهب : أن له الأرش فى هذه المواضع قياسا على البيع ، وليس الامر كذلك فان المبيع عوض عن الثمن فاذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله ، مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله ، والرهن ليس بعوض ، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء ، فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجانى لم يجبر ؛ ويباع فى الجناية لان حق المجنى عليه مقدم على الرهن فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن فعلى هذا إن استغرق الارش قيمته بيع وبطل الرهن ، وان لم يستغرقها بيع منه بقدر الارش والباقى رهن .

(فصل) ويصح رهن المدبر فى ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ، ومنع منه أبو حنيفة والشافعى لانه علق عتقه بصفة أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق .

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق ، وما ذكروه ينتقض بهذا الاصل ؛ ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود ، والدين فى المدبر يمنع عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود والحكم فيما اذا علم التدبير أو لم يعلم كالحكم فى العبد الجانى على ما فصل فيه ، ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن ؛ وان عتق بعضه بقى الرهن فيما بقى وان لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين بيع المدبر فى الدين ، وبطل التدبير لان الدين مقدم على التدبير ولا يبطل الرهن ، وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق منه ثلث الباقى وما بقى للورثة .

(فصل) فأما المكاتب فالصحيح : أنه لا يصح رهنه ، وهو مذهب الشافعى لأن استدامة القبض فى الرهن شرط فى الصحيح ولا يمكن ذلك فى المكاتب ، وقال القاضى : قياس المذهب صحة رهنه ، وهو مذهب مالك ، لانه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه ، فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنا معه فإن عجز ثبت الرهن فيه وفى اكتسابه ، وإن عتق كان ما أداه من نجومه رهناً ، بمنزلة ما لو كسب العبد القن ثم مات .

(فصل) وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان ومحل الحق آخره لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عنه حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه ، وإن كان الدين يحل قبلها مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان . والحق يحل فى أوله صح رهنه لإمكان استيفاء الدين من ثمنه فإن كانت تحتمل الأمرين كقدوم زيد ، فقياس المذهب . صحة رهنه لانه فى الحال محل الرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه فصح رهنه كالمريض والمدبر ، وهذا مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه لأن فيه غرراً ، إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ، ولأصحاب الشافعى فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا .

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها ، ورهن ولدها دونها لان الرهن لا يزيل الملك ، فلا يحصل بذلك تفرقة ، ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه . والام مع ولدها فإن دعت الحاجة الى بيعها فى الدين بيع ولدها معها لان الجمع فى العقد ممكن ، والتفريق بينهما حرام ، فوجب بيعه معها فاذا بيعا معا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن فاذا كانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد ، وقيمة الولد خمسون ، فحصتها ثلثا الثمن ، وإن لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار فى الرد والامساك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فان أمسك فهو كما لو علم حال العقد ، ولا شيء له غيرها ؛ وان ردها فله فسخ البيع : ان كانت مشروطة فيه

(فصل) ويصح رهن ما يسرع اليه الفساد ؛ سواء كان مما يمكن اصلاحه بالتجفيف ، كالعنب والرطب ، أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ ثم ان كان مما

يجفف فعلى الراهن تجفيفه ، لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته ، فيلزم الراهن كنفقة الحيوان ، وان كان مما لا يجفف ، فإنه يباع ويقضى الدين من ثمنه ، ان كان حالا أو يحل قبل فساده ، وان كان لا يحل قبل فساده جعل ثمنه مكانه رهنا ، سواء شرط فى الرهن بيعه أو أطلق ، وقال أصحاب الشافعى : ان كان مما يفسد قبل محل الدين ، فشرط المرتهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح ، وان أطلق فعلى قولين (أحدهما) لا يصح ، لان بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه ، وذكر القاضى فيه وجهين كالقولين .

ولنا أن العرف يقتضى ذلك . لان المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فإذا تعين حفظه فى بيعه حمل عليه مطلق العقد ، كتجفيف ما يجف والانفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج الى حرز ، وأما اذا شرط أن لا يباع فلا يصح ، لانه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود ؛ فأشبه ما لو شرط أن لا يجفف ما يجف أو لا ينفق على الحيوان .

واذا ثبت ما ذكرناه فإنه ان شرط للمرتهن بيعه أو أذن له فى بيعه بعد العقد أو اتفقا على أن يبيعه الراهن أو غيره باعه ، وان لم يكن ذلك باعه الحاكم وجعل ثمنه رهنا ، ولا يقضى الدين من ثمنه ، لانه ليس له تعجيل وفاء الدين قبل حلوله ، وكذلك الحكم ان رهنه ثيابا يخاف تلفها ؛ أو حيوانا وخاف موته ، قال أحمد فيمن رهن ثيابا يخاف فسادها كالصوف : أتى السلطان فأمره ببيعها .

(فصل) ويجوز رهن العصير ، لانه يجوز بيعه ، وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجانى ، ثم ان استحال الى حال لا يخرج فيها عن الماليه كالخل ، فالرهن بحاله ، وان صار خمراً زال لزوم العقد ووجبت إراقته ، فإن أريق بطل العقد فيه ، ولا خيار للمرتهن ، لأن التلف حصل فى يده ، وان عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت اليه ، وان استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ، ولم يعد بعوده خلا ؛ لأنه عقد ضعيف لعدم القبض فيه فأشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول .

وذكر القاضي : أن العصير اذا استحال خمراً بعد القبض بطل الرهن ، ثم اذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهونا بالعقد السابق ، لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن أيضاً ، لأنه زال بزوال الملك فيعود بعوده ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة : هو رهن بحاله ، لانه كانت له قيمة حالة كونه عصيرا ، ويجوز أن يصير له قيمة ، فلا يجوز أن يزول الملك عنه ، كما لو ارتد الجاني ، ولان اليد لم تزل عنه حكما ، ولهذا لو غصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده لكان ملكا للغاصب ، كما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده كان له دون من أراقه ، وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمرا ، ولم يظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهنا باستحالته خلا وأرى القول ببقائه رهنا أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحا من غير ابتداء عقد .

فإن قالوا : يمكن عوده صحيحا لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما ، فإذا أسلم الزوج في العدة عادت الزوجيه بالعقد الأول ، لزوال الاختلاف في الدين .

قلنا : هنالك ما زالت الزوجية ولا بطل العقد ، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد ، وانما العقد كان موقوفا مراعى ، فإذا أسلم في العدة تبينا أنه لم يبطل وان لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل : وههنا قد جزمتم ببطلانه .

(فصل) وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الاخضر ؟ فيه وجهان .

احدهما : يجوز ، وهو اختيار القاضي ، لأن الغرر يقل فيه ، فإن الثمرة متى تلفت عاد الى حقه في ذمة الراهن ، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه ، ومتى حل الحق بيع ، وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك .

والثاني : لا يصح . وهو منصوص الشافعي ، لأنه لا يجوز بيعه ، فلا يصح رهنه ، كسائر مالا يجوز بيعه ، وذكر القاضي : أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه ، كالمكيل والموزون قبل قبضه ، لأن قبضه مستحق ، فيمكن

المشترى قبضه ثم يقبضه ، أما البيع فانه يفضى الى أن يربح فيما لم يضمن ، وهو منهى عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه ، لأنه لا يصح بيعه .

(فصل) وفى رهن المصحف روايتان .

إحداهما . لا يصح رهنه ، نقل الجماعة عنه : لا أرخص فى رهن المصحف ، وذلك لان المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، ولا يحصل ذلك الا ببيعه وبيعه غير جائز .

والثانية : يصح رهنه ، فإنه قال : اذا رهن مصحفا لا يقرأ فيه إلا بإذنه ، فظاهر هذا صحة رهنه ، وهو قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، بناء على أنه يصح بيعه ، فصح رهنه كغيره .

(فصل) ويجوز أن يستعير شيئا يرهنه ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئا يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه الى وقت معلوم ففعل : أن ذلك جائز ، وينبغى أن يذكر المرتهن والقدر الذى يرهنه به وجنسه ومدة الرهن ، لأن الضرر يختلف بذلك ، فاحتيج إلى ذكره كأصل الرهن ، ومتى شرط شيئا من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن ، لانه لم يؤذن له فى هذا الرهن فأشبه من لم يأذن فى أصل الرهن .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ذلك ، وان أذن له فى رهنه بقدر من المال فنقص عنه ، مثل أن يأذن له فى رهنه بمائة فيرهنه بخمسين صح ، لان من أذن فى مائة ، فقد أذن فى خمسين ، وان رهنه بأكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمل أن يبطل فى الكل ، لأنه خالف المنصوص عليه فبطل ، كما لو قال . أرهنه بدنانير فرهنه بدراهم ، أو بحال فرهنه بمؤجل ، أو بمؤجل فرهنه بحال ، فإنه لا يصح كذلك ههنا ؛ وهذا منصوص الشافعى .

والوجه الثانى : أنه يصح فى المائة ، ويبطل فى الزائد عليها ، لان العقد تناول ما يجوز ومالا يجوز فجاز فيما يجوز دون غيره ، كتفريق الصفقة ، ويفارق ما ذكرنا من الاصول ، فإن العقد لم يتناول مأذوناً فيه بحال ، وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لا يوجد فى الآخر . فان الراهن قد يقدر على فكاكه فى الحال ، ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكاكه بأحد

النقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالمخالفة ، وفى مسألتنا إذا صح فى المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض ، فإن أطلق الرهن فى الإذن من غير تعيين ، فقال القاضى يصح وله رهنه بما شاء ، وهو قول أصحاب الرأى وأحد قولى الشافعى .

والآخر : لا يجوز حتى يبين قدر الذى يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله ، لان هذا بمنزلة الضمان ، لأن منفعة العبد لسيده ، والعارية ما أفادت المنفعة ، انما حصلت له نفعا يكون الرهن وثيقة عنه ؛ فهو بمنزلة الضمان فى ذمته وضمان المجهول لا يصح .

ولنا أنها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن ، والدليل على أنه عارية : أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض ، فكان عارية كقبضه للخدمة .

وقولهم : إنه ضمان غير صحيح ، لأن الضمان يثبت فى الذمة ، ولهذا ثبت فى الرقبة ، ولأن الضمان لازم فى حق الضامن ، وهذا له رجوع فى العبد قبل الرهن وإلزام المستعير بفكاكه بعده .

وقولهم : ان المنافع للسيد : قلنا : المنافع مختلفة ، فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة ، وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع ، وهو مع ذلك يخيط لسيده ، أو يعمل له شيئا أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده .

فإن قيل : لو كان عارية لما صح رهنه ؛ لأن العارية لا تلزم والرهن لازم قلنا : العارية غير لازمة من جهة المستعير ، فان لصاحب العبد المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين ، ولأن العارية قد تكون لازمة ، بدليل ما لو أعاره حائطا ليبنى عليه أو أرضا ليدفن فيها أو ليزرع فيها مالا يحصد قصيلا .

إذا ثبت : هذا فانه يصح رهنه بما شاء ، الى أى وقت شاء ممن شاء ، لأن الإذن يتناول الكل باطلاقه ، وللسيد مطالبة الراهن بفكاك الرهن ، حالا كان أو مؤجلا فى محل الحق وقبل محله ، لأن العارية لا تلزم ، ومتى حل الحق فلم يقضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ، ويرجع المعير على الراهن بالضمان ، وهو قيمة العين المستعارة ، أو مثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، ولا يرجع بما بيعت به ، سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر فى أحد الوجهين ، والصحيح :

أنها ان بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها وإن بيعت بأكثر رجع بما بيعت به ، لأن العبد ملك المعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه ، فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد ، كما لو كان باقياً بعينه ، وان تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته ، سواء تلف بتفريط أو غير تفريط ، نص على هذا أحمد ، وذلك لأن العارية مضمونة .

فصل

وان فك المعير الرهن فأدى الدين الذي عليه بإذن الراهن رجع عليه ، وان قضاه متبرعاً لم يرجع بشيء ؛ وان قضاه بغير إذنه محتسبا بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ، ويترجح الرجوع ههنا ، لأن له المطالبة بفكاك عبده ، وأداء دينه فكاكه ، وان اختلفا في الإذن فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر ، وان شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته ، لأنه لا يجر بها نفعا ولا يدفع بها ضرراً .

وان قال : أذنت لي في رهنه بعشرة قال : بل بخمسة فالقول قول المالك ، لأنه منكر للزيادة ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وان كان الدين مؤجلا فقضاه حالا بإذنه رجع به حالا ، وان قضاه بغير إذنه ؛ فقال القاضي : يرجع به حالا أيضا ، لأنه له المطالبة بفكاك عبده في الحال .

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح ، لأن تعيين ما يرهن به ليس بشرط ، فكذلك من يرهن عنده ، ولان رهنه من رجلين أقل ضرراً من رهنه عند واحد ، لانه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما لو كان رهنا عند واحد ، فعلى هذا إذا قضى أحدهما ماعليه من الدين خرج نصيبه من الرهن ، لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين ففيه وجهان :

أحدهما . لا ينفك من الرهن شيء ، لأنه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد ، فأشبه ما لو كان العبد لواحد .

والثانى ينفك نصف العبد لأن كل واحد منهما إنما أذن فى رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهنا بأكثر منها كما لو صرح له بذلك ، فقال ارهن نصيبى بخمسين لا تزد عليها ، فعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالما بذلك فلا خيار له ، وإن لم يكن عالما بذلك والرهن مشروط فى بيع احتمل أن يكون له الخيار ، لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ، ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه ، وإن قضى نصف دين أحدهما انفك فى نصيب أحدهما على أحد الوجهين . وفى الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما . والله أعلم

(فصل)

ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه فى رهن نصيبه من أحد العبدين فرهناهما عند رجل مطلقا صح : فإن شرط أحدهما أنى متى قضيت ما على من الدين انفك الرهن فى العبد الذى رهنته وفى العبد الآخر وفى قدر نصيبى من العبد الآخر ، فهذا شرط فاسد لأنه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن ، لأن فى هذا الشرط نقصا على المرتهن وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن ، فأما إن شرط أنه لا ينفك شىء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضا ؛ لأنه شرط أن يبقى الرهن محبوسا بغير الدين الذى هو رهن به ، لكنه لا ينقص حق المرتهن ، فهل يفسد الرهن بذلك ؟ على وجهين

(فصل) ولا يصح رهن مالا يصح بيعه : كأم الولد والوقف والعين المرهونة لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، ومالا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ، ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز ، فلو قال الراهن للمرتهن : زدنى مالا يكون الرهن الذى عندك رهنا به وبالدين الأول لم يجز ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد وهو أحد قولى الشافعى . وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزنى وابن المنذر يجوز ذلك لأنه لو زاده رهنا جاز ؛ فكذلك إذا زاد فى دين الرهن ، ولأنه لو فدى المرتهن العبد الجانى بإذن الراهن ليكون رهنا بالمال الأول وبما فداه به جاز فكذلك ههنا ، ولأنها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان

ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر ، كما لو رهنها عند غير المرتهن ، فأما الزيادة فى الرهن فيجوز لأنه زيادة استيثاق بخلاف مسألتنا. وأما العبد الجانى فيصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الأول ؛ لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجانى لكون الجناية أقوى ، ولأن لولى الجنـــاية المطالبة ببيع الرهن وإخراجه من الرهن ، فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ، ويجوز أن يزيده فى الرهن الجائز حقا قبل لزومه ، فكذلك إذا صار جائزا بالجناية . ويفارق الرهن الضمان فإنه يجوز أن يضمن لغيره

إذا ثبت هذا فرهنه بحق ثان كان رهنا بالأول خاصة ، فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به ، وان اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقا ، بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه

﴿ فصـــل ﴾

وأما رهن سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين ، فالصحيح فى المذهب أنه لا يجوز بيعها فكذلك رهنها ؛ وهذا منصوص الشافعى ، وما كان فيها من بنائها فحكمه حكمها ، وما كان فيها من غير ترابها أو الشجر المجدد فيها ان أفرده بالبيع والرهن فهل يصح ؟ على روايتين ، نص عليهما فى البيع . احداهما يصح لأنه طلق والثانية لا يجوز لأنه تابع لمالا يجوز بيعه ولا رهنه ، فهو كأساسات الحيطان ، وان رهنه مع الأرض بطل فى الأرض ، وهل يجوز فى الاشجار والبناء على الرواية التى يجوز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة . وهذا مذهب الشافعى رضى الله عنه

(فصـــل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه ، فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح لانه مجهول ، وان لم يقل بما فيها صح رهنها للعلم بها ، الا أن يكون ذلك مما لا قيمة له ، كالجراب الخلق ونحوه ، ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وفى الجملة أنه يعتبر للعلم فى الرهن ما يعتبر فى البيع . وكذلك القدرة على التسليم ، فلا يصح رهن الآبق ولا الجمل الشارد ولا غير مملوك

(فصـل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقده مغصوبا فبان ملكه ، مثل ان رهن

عبد أبيه فبان أن أباه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث ، أو وكل انسانا يشترى له عبداً من سيده ثم ان الموكل باع العبد أو رهنه يعتقده لسيده الاول ، فبان أن تصرفه بعد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه ، لانه تصرف صدر من أهله وصادف ملكه فصح كما لو علم ، ويحتمل أن لا يصح لانه اعتقده باطلا

(فصـــل)

ولو رهن المبيع فى مدة الخيار لم يصح ، الا أن يرهنه المشترى والخيار له وحده فيصح تصرفه ويبطل خياره . ذكره أبو بكر . وهو مذهب الشافعى ، وكذلك بيعه وتصرفاته ، ولو أفلس المشترى فرهن البائع عين ماله التى له الرجوع فيها لم يصح لانه رهن مالا يملكه . وكذلك لو رهن الاب العين التى وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لم يصح لما ذكرناه ، وللشافعى فى ذلك وجهان . أحدهما يصح لان له استرجاع العين فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها

ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير اذن المالك ولا ولاية عليه ، فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجر يحمل فى السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الاولى الى محل تحدث الثانيـة على وجه لا يتميز فالرهن باطل ، لانه مجهول حين حلول الحق ، فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح ، كما لو كان مجهولا حين العقد وكما لو رهنه اياها بعد اشتباهها ، فان شرط قطع الاولى اذا خيف اختلاطها بالثانية صح ، فان كان الحمل المرهون بحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من الاولى اذا حدثت فالرهن صحيح ؛ فان وقع التوانى فى قطع الاولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يبطل الرهن . لانه وقع صحيحا وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله . فعلى هذا ان سمح الراهن بكون الثمرة رهنا أو اتفقا على قدر المرهون منهما فحسن ، وان اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه فى قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصـل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح . لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك الى حلول الحق . وان رهنه أجرة داره شهرا لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة .

(فصـــل)

ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح ، لأنه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة لأنهم لا يدخلون معه فى الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح ، لأن ما فى يده ملك لسيده ، فقد صار حراً بشرائه إياه

(فصل) ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح فى أحد الوجهين . وقال أصحاب الشافعى : لا يصح إذا كان على الميت دين يستغرق التركة لأنه تعلق به حق آدمى فلم يصح رهنه كالمرهون

ولنا أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقاً فصح ، كالو رهن المرتد وفارق المرهون ، لأن الحق تعلق به باختياره ، فأما فى مسألتنا فالحق تعلق به بغير اختياره فلم يمنع تصرفه . وهكذا كل حق ثبت من غير إثباته كالزكاة والجناية ، فلا يمنع رهنه ، فإذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله ؛ وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه ، لأن حقهم أسبق والحكم فيه كالحكم فى الجانى ، وهكذا الحكم لو تصرف فى التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه ، أو حق تجدد تعلقه بالتركة ، مثل ان وقع إنسان أو بهيمة فى بئر حفره فى غير ملكه بعد موته فالحكم واحد ، وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ ، فإن قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن .

(فصل) قال القاضى : لا يصح رهن العبد المسلم لكافر ، واختار أبو الخطاب صحة رهنه اذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم اذا امتنع مالكه ، وهذا أولى لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر .

« مسألة » قال (واذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه صار مقبوضا)

وجملته أن المتراهنين اذا شرطا كون الرهن على يدى رجل رضيا به واتفقا عليه جاز وكان وكيلا للمرتهن نائبا عنه فى القبض ، فمتى قبضه صح قبضه فى قول جماعة الفقهاء . منهم عطاء وعمرو بن دينار والثورى وابن المبارك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال الحكم والحارث العكلى وقتادة وابن

أبي ليلى : لا يكون مقبوضا بذلك ، لأن القبض من تمــام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول .

ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض ، وفارق القبول لأن الايجاب إذا كان لشخص كان القبول منه لأنه يخاطب به ، ولو وكل في الايجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضا . وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجعلا الرهن على يدى من يجوز توكيله ، وهو الجائز التصرف ، مسلماً كان أو كافراً عدلا أو فاسقا ، ذكراً أو أنثى ، ولا يجوز أن يكون صبياً لأنه غير جائز التصرف مطلقاً ، فإن فعلا كان قبضه وعــــدم القبض واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيده ، لأن منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذن ، فإن أذن له السيد جاز ، وأما المكاتب فان كان بجعل جاز لأن له الكسب وبذل منافعه بغير إذن السيد ، وان كان بغير جعل لم يجز لأنه ليس له التبرع بمنافعه .

(فصــــل)

فان جعلا الرهن في يد عدلين جاز ولهما إمساكه . ولا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه ، وإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لأنه القدر الذي تعدى فيه . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الآخر إذا رضي أحدهما بإمساك الآخر جاز . وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقسم اقتسماه ، وإلا فلكل واحد منهما امساك جميعه ، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما ، فحمل الامر على أن لكل واحد منهما الحفظ

ولنا أن المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما فلم يجز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لاينفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم ان الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك ، فانه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منهما عليه قفل

(فصل) وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الامانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لاحدهما ولا للحاكم نقل الرهن عن يده ، لأنهما رضيا به في الابتداء وان اتفقا على نقله جاز لأن الحق لهما لم يعدهما .

وكذلك لو كان الرهن فى يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده ، وإن تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف عن الحفظ أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بين أحدهما فلمن طلب نقله عن يده ذلك ، ويضعانه فى يد من يتفقان عليه فإن اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل وإن اختلفا فى تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهر له ، وهكذا لو كان فى يد المرتهن فتغيرت حاله فى الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه فى يد عدل . وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن فأنكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له . وإن مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما إمساكه إلا بتراضيهما فإن اتفقا على ذلك جاز وان اتفقا على عدل يضعانه على يده فلهما ذلك لأن الحق لهما فيفوض أمره اليهما فإن اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعا الأمر إلى الحاكم ليضعه على يد عدل ، وان كان الرهن فى يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ ، أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم الى العدل الآخر فيحفظان معاً .

﴿ فصـــل ﴾

ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله ، وبهذا قال الشافعى ، لأنه أمين متطوع بالحفظ ، فلا يلزمه المقام عليه فإن امتنعا أجبرهما الحاكم فإن تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لأن للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذى عليه ، ولو دفعه الى الأمين من غير امتناعهما ضمن وضمن الحاكم لأنه لا ولاية له على غير الممتنع ، وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض ، وان امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن ، وان امتنع أحدهما لم يكن له دفعه الى الآخر فإن فعل ضمن والفرق بينهما : أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما هذا فيما اذا كانا حاضرين ، فأما اذا كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه الى الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لهما فان لم يجد حاكما أودعه عند نفسه ، وليس له دفعه الى ثقة يودعه عنده مع وجود الحاكم فان فعل ضمن فان لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة الى مسافة القصر قبضه الحاكم منه فان لم يجد حاكما دفعه الى عدل ، وان كانت الغيبة دون مسافة القصر

فهو كما لو كانا حاضرين لأن ما دون مسافة القصر فى حكم الإقامة وان كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه الى الحاضر منهما، وفى جميع هذه الأقسام متى دفعه الى أحدهما لزمه رده الى يده، وان لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر.

(فصل اذا كان الرهن على يد عدل وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق صح ويصح بيعه، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى، فان عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله ولم يملك البيع، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك لا ينعزل لان وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه، وقال ابن أبي موسى: ويتوجه لنا مثل ذلك، فان أحمد قد منع الحيلة فى غير موضع من كتبه، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن فانه يشترط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله والأول هو المنصوص عنه لان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات، وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من جوازه كما لو شرطا الرهن فى البيع فانه لا يصير لازما وكذلك لو مات الراهن بعد الاذن انفسخت الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذى حصل الرهن بثمنه كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط فى البيع، فأما ان عزله المرتهن فلا ينعزل لان العدل وكيل الراهن اذ الرهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير اذنه وهكذا لو لم يعزلاه لحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لان البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يحتاج الى تجديد اذن من الراهن فى ظاهر كلام أحمد، لان الاذن قد وجد مرة فيكفى كما فى الوكالة فى سائر الحقوق، وذكر القاضى وجهاً آخر أنه يحتاج الى تجديد اذن لانه يكون له غرض فى قضاء الحق من غيره والاول أولى فان الاذن كاف ما لم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الاذن له بخلاف المرتهن فان المبيع يفتقر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعى نحو من هذا.

(فصل) ولو أتلف الرهن فى يد العدل أجنبي فعلى الجانى قيمته يكون رهناً فى يده وله المطالبة بها لانها بدل الرهن وقائمة مقامه وله امساك الرهن وحفظه فان

كان المتراهنان أذنا له فى بيع الرهن ، فقال القاضى : قياس المذهب أن له بيع قيمته لان له بيع نماء الرهن تبعاً للأصل فالقيمة أولى . وقال أصحاب الشافعى ليس له ذلك لانه متصرف بالاذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له فى بيعه والمأذون فى بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضى أن يقول انه قد أذن له فى بيع الرهن، والقيمة رهن يثبت لها حكم الاصل من كونه يملك المطالبة بها وإمساكها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فان كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له فى وفائه من ثمن الرهن ملك ايفائه من القيمة لانها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت ثمن المبيع .

(فصل) واذا أذنا للعدل فى البيع وعينا له نقداً لم يجز له أن يخالفهما وان اختلفا فقال أحدهما : بعه بدراهم وقال الآخر : بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لان لكل واحد منهما فيه حقاً للراهن ملك العين وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ويرفع الامر الى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لان الحظ فى ذلك والاولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه ، فان كان فى البلد نقدان باعه بأغلبهما فان تساويا ، فقال القاضى : يبيع بما يؤديه اجتهاده اليه وهو قول الشافعى لانه الاحظ والغرض تحصيل الحظ فان تساويا باع بجنس الدين . فان لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم ما يبيعه به ، وحكمه حكم الوكيل فى وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ، ومن البيع نساء متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف . وذكر فى البيع نساء رواية أخرى : أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله ، والبيع نساء يمنع ذلك ، وكذا نقول فى الوكيل متى وجدت فى حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له ذلك ، وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن ، وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع ان كان باقياً ، فان تعذر فللمرتهن تضمين من شاء من العدل ، والمشترى بأقل الامرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لانه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا ؛ فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه : وما بقى من قيمة الرهن للراهن ، يرجع به على من شاء منهما

وإن استوفى دينه من الرهن ، رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ، ومتى ضمن المشترى لم يرجع على أحد لان العين تلفت فى يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشترى .

(فصـــــل)

ومتى قدرا له ثمنا لم يجز له بيعه بدونه ، وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله ، أوزيادة عليه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة . له بيعه ، ولو بدراهم والكلام معه فى الوكالة فإن أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس به صح ، ولا ضمان عليه لان ذلك لا يضبط غالبا ، وإن كان النقص مما لا يتغابن الناس به ، أو باع بأنقص مما قررا له صح البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا ، والاولى انه لا يصح البيع لانه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه ما لو خالف فى النقد .

(فصل) واذا باع العدل الرهن بإذنهما وقبض الثمن فتلف فى يده من غير تعد فلا ضمان عليه لانه أمين فهو كالوكيل ، ولا نعلم فى هذا خلافا ويكون من ضمان الراهن ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن لان البيع لاجله .

ولنا أنه وكيل الراهن فى البيع ، والثمن ملكه وهو أمين له فى قبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الامناء ، وان ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين ، ويتعذر عليه اقامة البينة على ذلك ، وان كلفناه البينة شق عليه ، وربما أدى الى أن لا يدخل الناس فى الامانات فإن خالفاه فى قبض الثمن فقالا ما قبضه من المشترى وادعى ذلك ففيه وجهان :

أحدهما . القول قوله لانه أمين ، والآخر . لا يقبل لان هذا ابراء المشترى من الثمن ، فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن . وان خرج المبيع مستحقا فالعهدة على الراهن دون العدل اذا كان قد أعلم المشترى أنه وكيل ، وكذلك كل وكيل باع مال غيره ، وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة . العهدة على الوكيل والكلام معه فى الوكالة فان علم المشترى بعد تلف الثمن فى يد العدل رجع على الراهن ولا شىء على العدل ، فان قيل . فلم لا يرجع المشترى على العدل

لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا . لانه سلمه اليه على أنه أمين فى قبضه يسلمه الى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ؛ فأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطا فى بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه فان كان الراهن مفلسا حيا أو ميتا كان المرتهن والمشترى أسوة الغرماء لانهم متساوون فى ثبوت حقهم فى الذمة فاستووا فى قسمة ماله بينهم ، فأما ان خرج مستحقا بعد ما دفع الثمن الى المرتهن رجع المشترى على المرتهن ؛ وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة . يرجع على العدل ويرجع العدل على أيهما شاء من الراهن والمرتهن .

ولنا أن عين ماله صار الى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه ، فأما ان كان المشترى رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ، ولا على العدل لانه أمين ووكيل ، ويرجع على الراهن وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشترى أنه وكيل كان للمشترى الرجوع عليه ، ويرجع هو على الراهن ان أقر بذلك أو قامت به بينة . وان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول ، أو ردت اليمين على المشترى فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه . وعلى قول الخرقى القول فى حدوث العيب قول المشترى مع يمينه ، وهو احدى الروايتين عن أحمد فاذا حلف المشترى رجع على العدل ، ورجع العدل على الراهن ، وان تلف العبد المبيع فى يد المشترى ثم بان مستحقا قبل وزن ثمنه فللمغصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن ، ويستقر الضمان على المشترى لان التلف فى يده ، هذا اذا علم بالغصب ، وان لم يكن عالما فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب ؟ على روايتين .

(فصل) فان ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن فأنكر ، فقال القاضى وأبو الخطاب . يقبل قوله فى حق الراهن ولا يقبل فى حق المرتهن ، وهو مذهب الشافعى ، لان العدل وكيل الراهن فى دفع الدين الى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن فى ذلك انما هو وكيله فى الحفظ فقط ، فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا فى قضاء دين فادعى أنه سلمه الى صاحب الدين .

وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب فى رءوس مسائلهما يقبل قوله على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه : ولا يقبل فى إيجاب الضمان على غيره ، وهذا مذهب أبى حنيفة لأنه أمين فقبل قوله فى إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعى رد الوديعة . فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه : وعلى القول الأول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن ، لأنه يقول ظلمنى وأخذ منى بغير حق ، فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر ، فإن رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل ؟ نظرت ، فإن كان دفعه الى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غابت لم يرجع عليه لأنه أمين ولم يفرط فى القضاء ، وإن دفعه اليه بغير بينة فى غيبة الراهن ، ففيه روايتان .

إحداهما : يرجع الراهن عليه ، لأنه مفرط فى القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه ، ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرقى ، ومن أمر رجلا أن يدفع الى رجل مالا وادعى أنه دفعه اليه ، لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة .

والرواية الثانية : لا يرجع الراهن عليه ، لأنه أمين فى حقه ، سواء صدقه فى القضاء أو كذبه ، إلا أنه إن كذبه فله عليه اليمين .

(فصل) إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن فى يد المرتهن فتعدى فيه ، ثم أزال التعدى أو سافر به ثم رده ، لم يزل عنه الضمان ، لأن استئمانه زال بذلك ، فلم يعد بفعله مع بقائه فى يده بخلاف التى قبلها ، فإنه رده الى يد نائب مالكها فأشبه ما لو ردها الى مالكها .

(فصل) وإذا استقرض ذمى من مسلم مالا ورهنه خمراً لم يصح ، سواء جعله على يد ذمى أو غيره فإن باعها الراهن أو نائبه الذمى وجاء المقرض بثمنها لزمه قبوله فإن أبى قيل له : اما أن تقبض وإما أن تبرىء ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا فى العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيحة ، قال عمر رضى الله عنه فى أهل الذمة معهم الخمر ولوهم بيعها وخذوا من أثمانها ، وان جعلها على يد مسلم فباعها ، لم يجبر المرتهن على قبول الثمن ، لان ذلك البيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له .

« مسألة » قال « ولا يرهن مال من أوصى اليه بحفظ ماله الا من ثقة »

وجملته : أن ولي اليتيم ليس له رهن ماله إلا عند ثقة يودع ماله عنده لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع ، قال القاضي : ليس لوليه رهن ماله الا بشرطين :

أحدهما : أن يكون عند ثقة .

الثاني : أن يكون له فيه حظ ، وهو أن يكون به حاجة الى نفقة أو كسوة أو إنفاق على عقاره المتهدم أو أرضه أو بهائمه ، ونحو ذلك ، وماله غائب يتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل يحل أو متاع كاسد يرجو نفاقه ، فيجوز لوليه الاقتراض ورهن ماله ، وان لم يكن له شيء ينتظره فلا حظ له في الاقتراض فيبيع شيئاً من أصول ماله ويصرفه في نفقته ، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئة وكان أحظ من بيع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئا من ماله والوصي والحاكم وأمينه في هذا سواء ، وكذلك الاب الا أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ؛ ومن عداه بخلافه على إحدى الروايتين .

(فصل) فأما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون في بيع أو قرض ، وقد ذكرنا القرض في باب المصراة وفي البيع ثلاث مسائل :

إحداهن : أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة أو دونها نسيئة ويأخذ بها رهنا فهذا بيع فاسد ، لان بيعه نقداً أحوط وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئة .

الثانية أن يبيعه بمائة نقداً وعشرين نسيئة يأخذ بها رهنا فهذا جائز ، لانه لو باعه بمائة نقداً جاز ، فاذا زاد عليها فقد زاده خيراً ، سواء قلت الزيادة أو كثرت .

الثالثة : باعه بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهنا فهذا جائز أيضا ، ذكره القاضي وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجوز لأنه تغرير بماله وبيع النقد أحوط له .

ولنا أن هذا عادة التجار ، وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح ، وهذا من جهاته والتغرير يزول بالرهن .

(فصل) وحكم المكاتب فيما ذكرنا حكم ولي اليتيم لان له أن يتصرف فيما في يديه

فيما له فيه الحظ فأما المأذون فان دفع له سيده مالا يتجر فيه أو لم يدفع إليه ، فقال القاضي : ليس له التصرف بالنسيئة ، لأن ديونه تتعلق بذمة السيد فيتضرر بذلك . لان الدين غرر بخلاف المكاتب .

(فصل) ولو كان مال اليتيم رهنا فاستعاده الوصي لليتيم جاز وان استعاده لنفسه لم يجز . لأنه لا يملك التصرف في مال اليتيم لنفسه وعليه الضمان لأنه قبضه على وجه ليس له قبضه . وان فكه بمال اليتيم وأطلق فهو لليتيم وان فكه بمال نفسه وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه . فان قال : استعدته لليتيم قبل قوله . وان تلف قبل ذلك ضمنه . وان قال استعدته لليتيم بعد هلاكه أو هلاك بعضه لم يقبل قوله لاننا حكمنا بالضمان ظاهرا فلا يزول بقوله والاولى أن يقبل قوله لانه أمين وهو أعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف .

(فصل) ولو رهن الوصي أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه . أو والده الكبير صح . لانه لا ولاية له عليهما .

(فصل) ولو أوصى الى رجل بقضاء دينه فرهن شيئا من تركته عند الغريم أو غيره ضمن . لأنه لم يؤذن له في رهنها فضمن كما لو لم يوص اليه بقضاء دينه .

« مسألة » قال ﴿ وإذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي ﴾

وجملة ذلك . أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه . فيصير محبوسا بكل الحق وبكل جزء منه لاينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين . سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئا بمال فأدى بعض المال . وأراد إخراج بعض الرهن . ان ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه . أو يبرئه من ذلك . كذلك قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والشهادة .

« مسألة » قال ﴿ وإذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حرا . ويؤخذ ان كان له مال بقيمة المعتق فيكون رهنا ﴾

وجملة ذلك : أنه ليس للراهن عتق الرهن . لانه يبطل حق المرتهن من الوثيقة

فإن أعتق نفذ عتقه ، موسراً كان أو معسراً ، نص عليه أحمد . وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأى والشافعى فى أحد أقواله ، إلا أن أباحنيفة قال : يستسعى العبد فى قيمته إن كان المعتق معسراً . وعن أحمد رواية أخرى : لا ينفذ عتق المعسر . ذكرها الشريف أبو جعفر، وهو قول مالك ، والقول الثانى الشافعى لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة ، من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ ، لما فيه من الأضرار بالمرتهن ولأنه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له من عبد . وقال عطاء والبتى وأبو ثور : لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً ، وهو القول الثالث للشافعى ، لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع .

ولنا أنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك ، فنفذ كعتق المستأجر ، ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق ، فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع فى يد البائع والعتق يخالف البيع ، فإنه مبنى على التغليب والسراية وينفذ فى ملك الغير ، ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول ومالا يقدر على تسليمه ، ويجوز تعليقه على الشروط بخلاف البيع .

إذا ثبت هذا فإنه إن كان موسرا أخذت منه قيمته ، فجعلت مكانه رهنا لأنه أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو أبطلها أجنبى أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهناً لأنها نائبة عن العين وبدل عنها ، وإن كان معسرا فالقيمة فى ذمته ، فإن أيسر قبل حلول الحق أخذت منه القيمة فجعلت رهنا إلا أن يختار تعجيل الحق فيقضيه ، ولا يحتاج إلى رهن ، وإن أيسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لأن ذمته تبرأ به من الحقين معاً ، والاعتبار بقيمة العبد حال الاعتاق لأنه حال الإتلاف ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة فى المعسر يستسعى العبد فى قيمته ثم يرجع على الراهن ، وفيه إيجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه وإلزام الغرم لمن وجد منه الإتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الإتلاف

(فصل) وإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خلافا فى نفوذ عتقه على كل حال لأن المنع كان لحق المرتهن ، وقد أذن فيسقط حقه من الوثيقة موسرا كان المعتق

أو معسرا لأنه أذن فيما ينافي حقه ، فإذا وجد زال حقه ، وقد رضي به لرضاه بما ينافيه واذنه فيه فلم يكن له بدل ، فإن رجع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه كان كمن لم يأذن ، وان لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه ، وإن رجع بعد العتق لم ينفع رجوعه والقول قول المرتهن مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول ورثة المرتهن أيضا . إلا أن أيمانهم على نفي العلم لانها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وإن لم يحلف قضي عليه بالنكول

فصل

وإن تصرف الراهن بغير العتق ، كالبيع والاجارة والهبة والوقف والرهن وغيره فتصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن ، لانه أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله كالعتق ، وان زوج الامة المرهونة لم يصح ، وهذا اختيار أبي الخطاب ، وقول مالك والشافعي

وقال القاضي وجماعة من أصحابنا : يصح ، وللمرتهن منع الزوج من وطئها ومهرها رهن معها ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن الأمة المزوجة ، ولان الرهن لا يزيل الملك ، فلا يمنع التزويج كالاجارة .

ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويشتغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتهن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها ، فانه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها في الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصا كثيرا ، وربما منع بيعها بالكلية .

وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع يتناول جملتها ، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها ، وانما صح رهن المزوجة ابقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة ، ويفارق الرهن

الاجارة فان التزويج لا يؤثر فى مقصود الاجارة ، ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر فى مقصود الرهن ، وهو استيفاء الدين من ثمنها ، فان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكماله

(فصل) ولا يجوز الراهن وطء أمته المرهونة فى قول أكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعى رضى الله عنه : له وطء الآيسة والصغيرة ، لانه لا ضرر فيه ، فان علة المنع الخوف من الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج بذلك عن الرهن أو تتعرض للتلف ، وهذا معدوم فيهما ، وأهل العلم على خلاف هذا . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة ولان سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية ، ولان الذى تحبل فيه يختلف ولا ينحزر ، فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر ، وحرم منه اليسير الذى لا يسكر لكون السكر يختلف وان وطىء فلا حد عليه لانها ملكه وانما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة ، ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له فى منفعتها ، ووطؤها لا ينقص قيمتها فأشبه ما لو استخدمها ، وان تلف جزء منها أو نقصها ، مثل ان افتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف ؛ فان شاء جعله رهنا معها وان شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل ، فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير ، فانه لا فائدة فى جعله رهنا ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه

« مسألة » قال (وان كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضا من الرهن وأخذ منه قيمتها فتكون رهنا)

وجملته أن الراهن اذا وطىء أمته المرهونة فأولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ولا فرق بين الموسر والمعسر الا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها والمعسر يكون فى ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا فى العتق ، وهذا قول أصحاب الرأى وقول الشافعى ههنا ، كقوله فى العتق ، الا أنه اذا قال له لا ينفذ الاحبال فانما هو فى حق المرتهن ؛ فأما فى حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن ، ولو حل الحق وهى حامل لم يجز بيعها

لأنها حامل بحرّ فإذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقى ولدها اللبأ : فإن وجد من يرضعه بيعت وإلا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين خاصة ويثبت للباقى حكم الاستيلاد ، فإذا مات الراهن عتق وإن رجع هذا المبيع الى الراهن بإرث أو بيع أو هبة أو غير ذلك أو بيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاد . وقال مالك : ان كانت الأمة تخرج الى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وإن تسور عليها أخذ ولدها وبيعت

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقا على الرهن أو نقول معنى ينافى الرهن فى ابتدائه فنافاه فى دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء بإذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن لأنه أذن فى سبب ما ينافى حقه فكان اذنا فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، وان لم تحبل فهى رهن بحالها، فإن قيل انما أذن فى الوطء ولم يأذن فى الاحبال ، قلنا الوطء هو المفضى الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره ، فالاذن فى سببه اذن فيه ، فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن ، وان اختلفا فى الاذن فالقول قول من ينكره وان أقر المرتهن بالاذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه ، أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط .

أحدها أن يعترف المرتهن بالاذن . والثانى أن يعترف بالوطء . والثالث أن يعترف بالولادة . والرابع أن يعترف بمضى مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت الى انكاره ، ويكون القول قول الراهن بغير يمين لأننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع ، فان أنكر شرطا من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت ، أو قال ليس هذا ولدها وانما استعارته فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة . وهذا مذهب الشافعى

(فصل : ولو أذن فى ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه ، لان ذلك تولد من المأذون فيه كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) اذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر

به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة العقد ، لأن الاصل عدم الحمل ، فان بانت حائلا أو حاملا بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك ان كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد ، مثل ان وطئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملا بولد تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن ، وان كان مشروطا في بيع لانه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهنا ، فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار ، كالمريض اذا مات والجاني اذا اقتص منه ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي

وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجناية والمرض . ولنا أن اذنه في الوطء اذن فيما يؤول اليه ، كذلك رضاه به رضى بما يؤول اليه

(الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتهن لانه أقر بما يفسخ عقدا لازماً لغيره فلم يقبل ، كما لو أقر بذلك بعد بيعها ، ويحتمل أن يقبل لانه أقر في ملكه بما لا تهمة فيه لانه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن ، والاول أصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل وهكذا الحكم فيما اذا أقر بأنه غصبها أو أنها كانت جنت جناية تعلق أرشها برقبتها وللشافعي في ذلك قولان ، وان أقر أنه أعتقها صح اقراره وخرجت من الرهن ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يقبل بناء على أنه لا يصح اعتاقه للرهن . ولنا أنه لو أعتقه لنفذ عتقه فقبل اقراره بعتقه كغير الرهن ؛ ولان اقراره بعتقه يجري مجرى عتقه ، فأشبه ما لو قال أنت حر ، ويتخرج أن لا ينفذ اقرار المعسر بناء على أنه لا ينفذ اعتاقه ، وكل موضع قلنا القول قول الراهن ، فقال القاضي ذلك مع يمينه لان كذبه محتمل ، ويحتمل أن لا يستحلف لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا فائدة في استحلافه ، واختلف أصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين ، والصحيح عندي أنه اذا أقر بالعتق لم يستحلف ، لان ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج الى يمين كما لو صرح به ، وان أقر بالغصب والجناية فانه ان لم يدع ذلك المغصوب منه والمجني عليه لم يلتفت الى قول الراهن وجها واحداً ، وان ادعياه فاليمين عليهما لان الحق لهما ورجوعها عنه

مقبول فكانت اليمين عليهما كسائر الدعاوى . وإن أقر باستيلاد أمته فعليه اليمين لأن نفعها عائد إليه من حل استمتاعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ما قبلها، وإن قلنا : القول قول المرتهن فعليه اليمين بكل حال لأنه لو اعترف ثبت الحق فى الرهن ويمينه على نفى العلم لأنها على نفى فعل الغير فاذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة إليه وبقى حكمها فى حق الراهن بحيث لو عاد إليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره وإن أراد المجنى عليه أو المغصوب منه أن يغرماه فى الحال فلهما ذلك لأنه منع من استيفاء الجناية بتصرفه فلزمه أرشها كما لو قتله .

(فصـــل)

ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعا لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وليست هذه زوجة ولا ملك يمين فإن وطئها عالما بالتحريم فعليه الحد لأنه لا شبهة له فيه فإن الرهن استيثاق بالدين ولا مدخل لذلك فى إباحة الوطء ولان وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى فإن ادعى الجهل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالإسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً اباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لأن اعتقاده الحل منع انخلاق الولد رقيقاً ففوت رق الولد على سيدها فلزمته قيمته كالمغرور بحرية أمة ، وان لم يحتمل صدقه كالناشىء ببلاد الاسلام مختلطا بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لانه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل ، وولده رقيق للراهن لانه من زنا ، ولا فرق فى جميع ما ذكرنا بين أن يكون الوطء بإذن الراهن أو بغير اذنه وهذا المنصوص عن الشافعى ، ويحتمل أن لا تجب قيمة الولد مع الإذن فى الوطء ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لان الإذن فى الوطء اذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن فى الوطء فحملت منه سقط حقه من الرهن ، ولو أذن فى قطع أصبع فسرت الى أخرى لم يضمنها .

ووجه الاول : أن وجوب الضمان يمنع انخلاق الولد رقيقا وسببه اعتقاد الحل وما حصل ذلك بإذنه بخلاف الوطء فإن خروجها من الرهن بالحمل الذى الوطء المأذون فيه سبب له ، وأما المهر فإن كان الوطء بإذن الراهن فلا مهر له ،

وقال أبو حنيفة : يجب لانه يجب لها ابتداء فلا يسقط باذن غيرها ، وعن الشافعي كالمذهبين .

ولنا أنه أذن فى سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن فى قتلها ولان المالك أذن فى استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة : وان كان بغير اذنه فالمهر واجب سواء أكرهها أو طاوعته ، وقال الشافعي : لا يجب المهر مع المطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى « عن مهر البغي » ولأن الحد اذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة .

ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو أذنت فى قطع يدها ، ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير اذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكأرش بكارتها لو كانت بكراً ، والحديث مخصوص بالمكرهة على البغاء فان الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهة عليه فقال (٢٤ : ٣٣ ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان أردن تحصنا) وقولهم : لا يجب الحد والمهر قلنا : لا يجب المهر لها ، وفى مسألتنا لا يجب لها وانما يجب لسيدها ، ويفارق الحرة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقها باذنها وههنا المستحق لم يأذن ولان الوجوب فى حق الحرة باكراهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي أن يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل أو غير معتقد له أو ادعى شبهة أو لم يدعها لان المهر حق آدمى فلا يسقط بالشبهات ، ولا تصير هذه الامة أم ولد للمرتهن بحال سواء ملكها بعد الوضع أو قبله ، وسواء حكمنا برق الولد أو حريته لانه أحبلها فى غير ملكه .

« مسألة » قال (واذا جنى العبد المرهون فالمجنى عليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستوفى حقه فان اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله)

وجملته أن العبد المرهون اذا جنى على انسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتهن لا نعلم فى هذا خلافا وذلك لان الجناية مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن فان قيل : فحق المرتهن أيضا يقدم على حق المالك ، قلنا : حق المرتهن ثبت من جهة المالك

بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده ولأن حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أخف وأدنى فإن كانت جنايته موجبة للقصاص فلولى الجناية استيفاؤه فإن اقتص سقط الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع فإن اختار فداءه فبكم يفديه ؟ على روايتين :

(إحداهما) بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته لأنه إن كان الأرش أقل فالمجنى عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته ، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه .

(والثانية) يفديه بأرش جنايته بالغاً ما بلغ لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فإذا فداه فهو رهن بحاله لأن حق المرتهن قائم لوجود سببه وإنما قدم حق المجنى عليه لقوته فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتهن فى تركة مفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر فان امتنع قيل للمرتهن أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه فان اختار فداءه فبكم يفديه ؟ على الروايتين . فان فداه باذن الراهن رجع به عليه لأنه أدى الحق عنه باذنه فرجع به كما لو قضى دينه باذنه وإن فداه متبرعا لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه ، وإن زاد فى الفداء على الواجب لم يرجع به وجها واحداً ، ومذهب الشافعى كما ذكرنا فى هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداه به بغير إذنه قولا واحداً ؛ وإن شرط له الراهن الرجوع رجع قولا واحداً وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر فى غير هذا الموضع فان فداه وشرط أن يكون رهنا بالفداء مع الدين الأول ، فقال القاضى : يجوز ذلك لأن المجنى عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن ، فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ، والزيادة فى دين الرهن قبل لزومه جائزة ولأن أرش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن ، ويحتمل أن لا يصح لأن العبد رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانيا بدين سواه كما لو رهنه بدين سوى هذا ، وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن فان فداه لم يرجع بالفداء وإن

فداه الراهن أو بيع فى الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله فى أن الرهن من ضمان المرتهن وهذا يأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى ، واذا لم يفد الجانى فبيع فى الجناية التى تستغرق قيمته بطل الرهن وان لم تستغرقها بيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن الا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهنا ، وقال أبو الخطاب هل يباع منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهنا ؟ على وجهين .

(فصل) وان كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين ، أحدهما : أن تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ أو شبه العمد أو اتلاف مال فيكون هدراً لأن العبد مال لسيده فلا يثبت له مال فى ماله ، الثانى : أن تكون موجبة للقود فلا يخلو من أن تكون على النفس أو على ما دونها فان كانت على ما دون النفس فالحق للسيد فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك ان عفا على غير مال ، وان أحب أن يقتص فله ذلك لأن السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه ولأن القصاص يجب للزجر والحاجة تدعو الى زجره عن سيده فان اقتص فعليه قيمته تكون رهنا مكانه وقضاء عن الدين لأنه يخرجه عن كونه رهنا باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه وان كانت الجناية على النفس فللورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال وذكر القاضى وجها آخر أن لهم ذلك لأن الجناية حصلت فى ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبى ، وللشافعى قولان كالمذهبين فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافى نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه .

(فصل) وان جنى العبد المرهون على عبد لسيده لم يخل من حالين . أحدهما : أن لا يكون مرهونا فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص ان كانت جنايته موجبة له وان عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدراً وسواء كان المجنى عليه قنا أو مدبراً أو أم ولد ، الحال الثانى : أن يكون رهنا فلا يخلو اما أن يكون رهنا عند مرتهن القاتل أو عند غيره فان كان عند

مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص فان اقتص بطل الرهن في المجنى عليه وعليه قيمته للمقتص منه فان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة المال وكانا رهنا بحق واحد فجنايته هدر لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما فاذا قتل أحدهما بقى الحق متعلقا بالآخر ، وان كان كل واحد منهما مرهونا بحق مفرد ففيه أربع مسائل .

احداها . أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدراً سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر ألف درهم قيمتها مائة دينار أومن جنس واحد لأنه لا فائدة في اعتبار الجناية ، المسألة الثانية : أن يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فان كان دين القاتل أكثر لم ينقل الى دين المقتول لعدم الغرض فيه ، وان كان دين المقتول أكثر نقل الى القاتل لأن للمرتهن غرضا في ذلك ، وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهنا مكان المقتول أو ينقل بحاله ؟ على وجهين ، أحدهما : لا يباع لانه لا فائدة فيه ، والثاني : يباع لانه ربما زاد فيه مزايد فبلغه أكثر من ثمنه فان عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك

المسألة الثالثة : أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله ، وان كانت قيمة الجاني أكثر بيع منه بقدر جنايته يكون رهنا بدين المجنى عليه والباقي رهن بدينه ، وان اتفقا على تبقيته ونقل الدين اليه صار مرهونا بهما فان حل أحد الدينين بيع بكل حال لانه ان كان دينه المعجل بيع ليستوفى من ثمنه وما بقى منه رهن بالدين الاخر فان كان المعجل الاخر بيع ليستوفى منه بقدره والباقي رهن بدينه . المسألة الرابعة ان يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والاخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والاخر مائتين فان كان دين المقتول أكثر نقل اليه والا فلا .

وأما ان كان المجنى عليه رهنا عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص لانه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتص بطل الرهن في المجنى عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المقتص منه تكون رهنا لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره ، والسيد

العفو على مال فتصير الجناية كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال فى رقبة العبد لأن السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثبت على عبده أولى فإن كان الارش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهنا عند مرتهن المجنى عليه وباقيه باق عند مرتهنه ، وان لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهناً ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجانى فجعل رهناً عند الآخر ، ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب بأكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شىء يكون رهنا عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعى .

فصـــل

فإن كانت الجناية على موروث سـيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهى كالجناية على أجنبى وله القصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال وغيره وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فإن انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله ما لموروثه من القصاص والعفو على مال ، لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت فى الابتداء ، وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله أن يقتص فيما يوجب القصاص ، وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعى لان الجناية على غـيره ، فأشبهت الجناية على مادون النفس ، والثانى : لا يثبت له مال فى عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبى ثور لانه حق يثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه ، وأصل الوجهين وجوب الحق فى ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل الى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء على وجهين ، وكل موضع يثبت له المال فى رقبة عبده فإنه يقدم على الرهن ، لأنه يثبت للموروث كذلك فينتقل الى وارثه كذلك وان اقتص فى هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن ، لانه إذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص أولى ، ولان القصاص يثبت للموروث مقدما على حق المرتهن فكذلك فى حق وارثه .

(فصل) وإن كانت الجناية على مكاتب السيد فهى كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرنا والله أعلم .

فصل

فإن جنى العبد المرهون بإذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وأنه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير إذنه ، وإن كان أعجمياً أو صبياً لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل والقصاص والدية متعلقان به لا يباع العبد فيهما موسراً كان السيد أو معسراً كما لو باشر السيد القتل ، وذكر القاضي وجهاً آخر أن العبد يباع إذا كان السيد معسراً ، لأنه باشر الجناية ، والصحيح الأول : لأن العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع فيها وان كان السيد موسراً ، وحكم إقرار العبد بالجناية حكم اقرار العبد غير المرهون على ما مضى بيانه في موضعه .

« مسألة » قال ﴿ وإن جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم في ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شيء فهو رهن ﴾

وجملته : أنه اذا جنى على الرهن فالخصم في ذلك سيده ، لأنه مالكه والأرش الواجب بالجناية ملكه ، وانما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع ، وبهذا قال الشافعي وغيره ، فإن ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائبا أو له عذر يمنعه منها فللمرتهن المطالبة بها ، لأن حقه متعلق بموجبها فكان له الطلب به كما لو كان الجاني سيده ، ثم ان كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص ، لأنه حق له ، وانما يثبت ليستوفى ، فإن اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهنا ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وهذا قول اسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي ، لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال .

ولنا أنه أتلف مالا استحق بسبب اتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال ، وهكذا الحكم فيما اذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون ، وانما أوجبنا أقل القيمتين ، لان حق المرتهن انما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين ، لأن الرهن ان كان أقل لم يجب أكثر من قيمته ، وان كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته وان عفا على مال صح عفوه ووجب أقل القيمتين لما ذكرنا ، هذا اذا كان القصاص قتلا ، وان كان جرحا أو قلع

سنا ونحوه فالواجب بالعفو أقل الأمرين من أرش الجرح أو قيمة الجانى، وان عفا مطلقا أو على غير مال انبنى ذلك على موجب العمد ما هو .

فإن قلنا : موجبه أحد شيئين ثبت المال ، وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكمه حكم ما لو اقتص ، ان قلنا ثم تجب قيمته على الراهن وجب ههنا ، وهو اختيار أبى الخطاب ، لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشبه ما لو اقتص ، وان قلنا : لا يجب على الراهن شيء ثم لم يجب ههنا شيء ، وهو قول القاضى ومذهب الشافعى لأنه اكتساب مال فلا يجبر عليه .

وأما ان كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصالح عنها أو يأخذ حيوانا عنها لم يجز الا بإذن المرتهن فإن أذن فيه جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن الأول نائباً عنه وقائماً مقامه فان عفا الراهن عن المال ، فقال القاضى يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهنا فاذا زال الرهن رجع الأرش الى الجانى كما لو أقر أن الرهن مغصوب أو جان ، وان استوفى الدين من الأرش احتمل أن يرجع الجانى على العافى ، لأن ماله ذهب فى قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استعاره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه ، لأنه لم يوجد منه فى حق الجانى ما يقتضى وجوب الضمان ، وانما استوفى بسبب كان منه حال ملكه ، فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب . يصح العفو مطلقا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا لانه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال ولا يمكن كونه رهنا مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن ، فأشبه ما لو تلف بدل الرهن ، وقال الشافعى : لا يصح العفو أصلا ، لان حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفى عن غاصبه ، وهذا أصح فى النظر .

وإن قال المرتهن أسقطت حقى من ذلك سقط لأنه ينفع الراهن ولا يضره ، وإن قال أسقطت الأرش أو أبرأت منه لم يسقط ؛ لأنه ملك للراهن فلا يسقط

بإسقاط غيره وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان . أحدهما : يسقط وهو قول القاضي لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه ، فإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحقي الراهن ، والثاني . لا يسقط ، لأن العفو والإبراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه .

(فصل) وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما ، وان كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الأرش ولا حق للمرتهن فيه ، فإن صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالأرش وله قبضه ، فإذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الأرش الى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الأرش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء ، لأنه مقر له باستحقاقه .

فصل

ولو كان الرهن أمة حاملا فضرب بطنها أجنبي فألقت جنينا ميتا ففيه عشر قيمة أمه ، وان ألقته حيا ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة ، لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها ، ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة ، لانه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها ، ويحتمل أن يجب أكثر الامرين من نقصها أو ضمان جنينها ، لان سبب ضمانها وجد فاذا لم يجتمع ضمانهما وجب ضمان أكثرهما ، وان ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتا ففيه ما نقصتها الجناية لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام ، وقال الشافعي : ما وجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الامة فليس برهن ، لان نماء الرهن ليس برهن ، ولنا : أن هذا ضمان يجب بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة ، وقولهم : ان نماء الرهن لا يدخل في الرهن غير مسلم .

« مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئا من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بالثمن حميلا يعرفانه فالبيع جائز ، فان أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي إقامته بلا رهن ولا حميل ﴾

الحميل : الضمين وهو فعيل بمعنى فاعل يقال ضمين وحميل وقبيل وكفيل وزعيم وصبير بمعنى واحد ، وجملة ذلك : أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضا ، لانه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم فى صحته خلافا إذا كان معلوما ، ولذلك قال الخرقى يعرفانه فى الرهن والضمين معا ، ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين : المشاهدة أو الصفة التى يعلم بها الموصوف كما فى السلم ويتعين بالقبض ، وأما الضمين : فيعلم بالإشارة اليه أو تعريفه بالإسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غنى من غير تعيين ، لأن الصفة لا تأتى عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً ، لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف اليه باطلاق ، ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدين أو يضمنى أحد هذين الرجلين لم يصح ، لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع : وهذا مذهب الشافعى .

وحكى عن مالك وأبى ثور : أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع اليه رهنا بقدر الدين ، لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة ، وقال أبو حنيفة : اذا قال على أن أرهنك أحد هذين العبدين جاز ، لان بيعه جائز عنده .

ولنا أنه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن ما فى كمه ولانه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع ، وفارق الشهادة فان لها عرفا فى الشرع حملت عليه ، والكلام مع أبى حنيفة قد مضى فى البيع فان الخلاف فيهما واحد ، إذا ثبت هذا : فان المشترى ان وفى بالشرط فسلم الرهن أو حمل عنه الحميل لزم البيع وان أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل عنه فللبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه والرضا به بلا رهن ولا حميل فان رضى به لزمه البيع ، وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى ولا يلزم المشترى تسليم الرهن .

وقال مالك وأبو ثور : يلزم الرهن إذا كان مشروطا فى عقد البيع ويجبر عليه المشترى وان وجده الحاكم دفعه إلى البائع ، لأن عقد البيع وقع عليه فأشبه الخيار ، وقال القاضى : ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد ؛ وقد مضى الكلام معهم فى أول الباب ، ولانه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم

يكن مشروطا فى البيع أو كغير المكيل والموزون ، وإنما لزم الخيـــار والأجل بالشرط ، لأنه من توابع البيع لا ينفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ، ولأن الخيار والأجل يثبت بالقول ولا يفتقر إلى تسليم ، فاكتفى فى ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن ، فأما الضمين فلا خلاف فى أنه لا يلزمه الضمان إذ لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره ، ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم فى الحكم كما لو وعده أنه يبيعه ثم أبى ذلك ، ومتى لم يف المشترى للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط صفة فى الثمن فلم يف بها ، ولأنه أحد المتعاقدين فإذا لم يف بما شرط فى العقد ثبت الخيار لصاحبه كالبائع إذا شرط المبيع على صفة فبان بخلافها .

فصـــل

ولو شرط رهنا أو ضمينا معينا فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله ، وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط ، مثل أن يأتى بأكثر قيمة من المشروط وحميل أوثق من المعين ، لأنه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع ، ولأن الغرض يختلف بالاعيان ، فمنها ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه ، ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظا وبعض الذمم أملأ من بعض وأسهل إيفاء فلا يلزمه قبول غير ما عينه كسائر العقود .

(فصل) وإن تعيب الرهن أو استحال العصير خمراً قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معيبا ورضاه بلا رهن فيما إذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن، وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب . لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع ، وان تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع ، وان اختلفا فى زمن حدوث العيب وهو مما لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين ، لأن اليمين إنما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل ، وإن احتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايعين فى حدوث العيب فى المبيع : وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان : أحدهما القول قول الراهن ، وهو قول أبي حنيفة والشافعى ، لان الاصل صحة العقد ولزومه

والآخر القول قول المرتهن ، وهو قياس قول الخرقى لقوله مثل ذلك فى البيع لانهما اختلفا فى قبض المرتهن للجزء الفائت ، فكان القول قوله كما لو اختلفا فى قبض جزء منفصل منه ، وان اختلفا فى زمن التلف فقال الراهن بعد القبض . وقال المرتهن قبله فالقول قوله لأنه منكر للقبض ، وإن كان الرهن عصيرا فاستحال خمرا واختلفا فى زمن استحالته فالقول قول الراهن ، نص عليه أحمد . وقال القاضى : يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف فى البيع وهو قول أبى حنيفة ، لان الاصل عدم القبض كما لو اختلفا فى زمن التلف

ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به ، فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا فى شرط فاسد ، ويفارق اختلافهما فى حدوث العيب من وجهين

أحدهما أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا فى قبض الجزء الفائت

الثانى أنهما اختلفا هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه

فصل

ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع ؛ لأن العيب الحادث فى ملك الراهن لايلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع ، وخرجه القاضى على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لايملك الفسخ ، والصحيح ما ذكرناه ، وان هلك الرهن فى يد المرتهن . ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لأنه تعذر عليه رده ، فإن قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمتنع رده بحدوث العيب فيه ، قلنا : إنما تضمن قيمته . لأن العقد لم يقع على ملكه وانما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة . أما اذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده ، وههنا لم يرد شيئاً ، فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه

(فصل)

ولو لم يشترطا رهنا فى البيع فتطوع المشترى برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط فى البيع ولا ينفك شىء منه حتى يقضى جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه الا بإذن المرتهن الا أنه اذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع .

(فصل) واذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح ، قاله

ابن حامد وهو قول الشافعي ، لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له : وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه .

وروى عن أحمد أنه قال : اذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون شرطا عليه فى نفس البيع ، وهذا يدل على صحة الشرط لانه يجوز بيعه فجاز رهنه .

وقال القاضي : معنى هذه الرواية أنه شرط عليه فى نفس البيع رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وان لم يف به فسخ البيع ، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه . منها أنه غير مملوك له ، ومنها أن البيع يقتضى ايفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضى الوفاء منه ، ومنها أن البيع يقتضى تسليم المبيع أولا ورهن المبيع يقتضى أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن ، ومنها أن البيع يقتضى أن يكون امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضى أن لا يكون مضمونا ، وهذا يوجب تناقض أحكامهما ، وظاهر الرواية صحة رهنه

وقولهم انه غير مملوك . قلنا انما شرط رهنه بعد ملكته ، وقولهم البيع يقتضى ايفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح انما يقتضى وفاء الثمن مطلقا ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفى من ثمنه وقولهم البيع يقتضى تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع وان سلم فلا يمتنع أن يثبت بالشرط خلافه ، كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه فى الحال ، ولو شرط التأجيل جاز ، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك فى المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتفى بشرط الخيار وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث والرابع

فأما ان لم يشترط ذلك فى البيع لكن رهنه عنده بعد البيع : فان كان بعد لزوم البيع فالاولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره : ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه ، وان كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف فى المبيع ، ففى كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لانه نوع تصرف فأشبه بيعه

(فصل) واذا شرط فى البيع رهنا فاسدا كالمحرم والمجهول والمعدوم ومالا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه ففى فساد البيع روايتان

مضى توجيهها فى الشروط الفاسدة فى البيع ، واختار أبو الخطاب ههنا فساد البيع ، وهو قول أبى حنيفه وأحد قولى الشافعى ، وقد مضى ذكر ذلك

(فصل) والشروط فى الرهن تنقسم قسمين : صحيحا وفاسداً ، فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر ، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ، ولا نعلم فى صحة هذا خلافاً ؛ وإن شرط ان يبيعه المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . وقال الشافعى لا يصح لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح ، كما لو وكله فى بيعه من نفسه ، ووجه التنافى أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط فى توفير الثمن ، والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز البيع

ولنا أن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ، ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض المرتهن مستحقا له ، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وإنجاز البيع ، وعلى ان الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة به ، كما لو وكل فاسقا فى بيع ماله وقبض ثمنه ، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله فى بيع شيء من نفسه ، وان سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا

(فصل) وإذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذى محرم لها أو كونها فى يد المرتهن أو أجنبى على وجه لا يفضى الى الخلوة بها ، مثل أن يكون لهما زوجات أو سرارى أو نساء من محارمهما معهما فى دارهما جاز ، لأنه لا يفضى الى محرم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرط ، لأنه يفضى الى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لأنه لا يعود الى نقص ولا ضرر فى حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده ، وإن كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز وإن لم يشترط موضعه صح أيضا كالأمة ، ويحتمل أن لا يصح لأن للأمة عرفا بخلاف العبد ، والأول أصح ، فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد ، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضى إلى خلوته بها لم يجز أيضا فاستويا .

(فصل) والقسم الثانى الشروط الفاسدة ، مثل أن يشترط ما ينافى مقتضى الرهن نحو أن يشترط أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفى الدين من ثمنه أو لا يباع ماخيف تلفه أو بيع الرهن بأى ثمن كان أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد ، فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود ، وكذلك ان شرطا الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازما فى حقه أو توقيت الرهن أو أن يكون رهنا يوما ويوما لا ، أو كون الرهن فى يد الراهن أو أن ينتفع به أو ينتفع به المرتهن أو كونه مضمونا على المرتهن أو العدل ، فهذه كلها فاسدة لأن منها ما ينافى مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته وإن شرطا شيئا منها فى عقد الرهن فقال القاضى : يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال ، لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه ؛ وقيل ان شرط الرهن مؤقتا أو رهنه يوما ويوما لا فسد الرهن وهل يفسد بسائرها ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة فى البيع . ونصر أبو الخطاب فى رءوس المسائل صحته ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن النبي (ص) قال « لا يغلق الرهن» وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده . وقيل ماينقص حق المرتهن يبطله وجها واحداً وما لا فعلى وجهين ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له ، فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

(فصل) وان شرط أنه متى حل الحق ولم يوفنى فالرهن لى بالدين أو فهو مبيع لى بالدين الذى عليك فهو شرط فاسد . روى ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، لانعلم أحداً خالفهم ، والأصل فى ذلك ماروى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال : قال رسول الله (ص) « لا يغلق الرهن» رواه الاثرم . قال الاثرم قلت لأحمد : ما معنى قوله لا يغلق الرهن ؟ قال لايدفع رهنا الى رجل ويقول إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا والا فالرهن لك . قال ابن المنذر : هذا معنى قوله « لا يغلق الرهن » عند مالك والثورى وأحمد

وفى حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر أن رجلا رهن داراً بالمدينة الى أجل مسمى فمضى الاجل ، فقال الذى ارتهن منزلى ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن ، ولانه علق البيع على شرط فإنه جعله مبيعا بشرط أن لا يوفيه

الحق فى محله والبيع المعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن؛ ويتخرج أن لا يفسد لما ذكرنا فى سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبى الخطاب فى رءوس المسائل واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم «لا يغلق الرهن» فنفى غلقه دون أصله فيدل على صحته ولأن الراهن قد رضى برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به، ولنا أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توفيته وليس فى الخبر أنه شرط ذلك فى ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة.

﴿ فصـــل ﴾

ولو قال الغريم رهنتك عبدى هذا على أن تزيدنى فى الأجل كان باطلا، لأن الأجل لا يثبت فى الدين إلا أن يكون مشروطاً فى عقد وجب به فإذا لم يثبت الأجل لم يصح الرهن، لأنه جعله فى مقابلته، ولأن ذلك يضاهى ربا الجاهلية كانوا يزيدون فى الدين ليزدادوا فى الاجل.

(فصل) إذا كان له على رجل ألف فقال: أقرضنى ألفاً بشرط أن أرهنك عبدى هذا بالالفين فنقل حنبل عن أحمد أن القرض باطل وهو مذهب الشافعى لانه قرض يجر منفعة وهو الاستيثاق بالالف الاول، وإذا بطل القرض بطل الرهن، فإذا قيل أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقترضه جاز؟ قلنا ليس هذا قرضاً جر منفعة لان غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضى وجوب الوفاء، وفى مسألتنا شرط فى هذا القرض الاستيثاق لدينه الاول فقد شرط استيثاقاً لغير موجب القرض.

ونقل مهنا أن القرض صحيح، ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضى إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن فى الالف الاول وحده وصححه فيما عداه ولو كان مكان القرض بيع فقال: بعنى عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدى به وبالالف الآخر الذى على فالبيع باطل رواية واحدة، لان الثمن مجهول فإنه جعل الثمن ألفا ومنفعة هى وثيقة بالالف الاول وتلك المنفعة مجهولة، ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره.

(فصل) وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه، لانه قبضه بحكم

أنه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضمونا ففاسده كذلك فإن كان مؤقتا أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضمونا لانه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح فى الضمان فان كان أرضا فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الغاصب لانه غرس بغير إذن وان غرس بعد الاجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع وان كان فاسداً فقد تضمن الاذن فى التصرف فيكون الراهن مخيراً بين ثلاثة أشياء. بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص .

« مسألة » قال ﴿ ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء الا ما كان مركوبا أو محلوبا فيركب ويحلب بقدر العلف ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى حالين ، أحدهما : ما لا يحتاج الى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن بحال ، لا نعلم فى هذا خلافا لان الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير اذنه ، فان أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجز لانه يحصل قرضا يجر منفعة وذلك حرام ، قال أحمد . أكره قرض الدور وهو الربا المحض : يعنى اذا كانت الدار رهنا فى قرض ينتفع بها المرتهن وان كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن فى الانتفاع جاز ذلك ، روى ذلك عن الحسن وابن سيرين ، وبه قال اسحاق .

فأما ان كان الانتفاع بعوض مثل ان استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز فى القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة وان حاباه فى ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض لا يجوز فى القرض ويجوز فى غيره ، ومتى استأجرها المرتهن أو استعارها فظاهر كلام أحمد أنها تخرج عن كونها رهنا فمتى انقضت الاجارة أو العارية عاد الرهن بحاله ، قال أحمد فى رواية الحسن ابن ثواب عن أحمد اذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكرائها وهى وثيقة بحق ينتقل فيصير دينا ويتحول عن الرهن وكذلك ان أكراها للراهن ، قال أحمد

فى رواية ابن منصور اذا ارتهن داراً ثم أكراها لصاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت إليه صارت رهناً ، والأولى أنها لا تخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لأن القبض مستدام ولا تنافى بين العقدين وكلام أحمد فى رواية الحسن ابن ثواب محمول على أنه أذن للراهن فى سكناها كما فى رواية ابن منصور ، لأنها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه ، ومبنى ذلك على العارية فإنها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة .

(فصـــل)

فإن شرط فى الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد لأنه ينافى مقتضى الرهن ، وعن أحمد أنه يجوز فى المبيع ، قال القاضى : معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهننى عبدك يخدمنى شهراً فيكون بيعاً وإجارة فهو صحيح ، وإن أطلق فالشرط باطل لجهالة ثمنه ، وقال مالك : لا بأس أن يشترط فى البيع منفعة الرهن إلى أجل فى الدور والأرضين وكرهه فى الحيوان والثياب وكرهه فى القرض ، ولنا أنه شرط فى الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه فى القرض .

(فصل) الحال الثانى : ما يحتاج فيه الى مونة فحكم المرتهن فى الانتفاع به بعوض أو بغير عوض بإذن الراهن كالقسم الذى قبله ، وان أذن له فى الانفاق والانتفاع بقدره جاز لأنه نوع معاوضة . وأما مع عدم الإذن فان الرهن ينقسم قسمين محلوبا ومركوبا وغيرهما ، فأما المحلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل فى ذلك ، نص عليه أحمد فى رواية محمد ابن الحكم وأحمد بن القاسم واختاره الخرقى وهو قول اسحاق ، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الانفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه ، وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشىء ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولأنه ملك غيره لم يأذن له فى الانتفاع به ولا الانفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن .

ولنا ما روى البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع ؛ فإن قيل : المراد به أن الراهن ينفق وينتفع قلنا . لا يصح لوجهين ، أحدهما : أنه قد روى في بعض الألفاظ اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع ، والثاني : أن قوله بنفقته يشير الى أن الانتفاع عوض النفقة وانما ذلك حق المرتهن ، أما الراهن فانفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر، ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير اذنه والنيابة عنه في الإنفاق عليها ، والحديث نقول به والبناء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها الى نفقته لثبوت يده عليه وولايته ، وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع ، فأما ان أنفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة .

(فصل) وأما غير المحلوب والمركوب فيتنوع نوعين حيوان وغيره ، فأما الحيوان كالعبد والامة ونحوهما فهل للمرتهن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته ، ظاهر المذهب أنه لا يجوز ، ذكره الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الاثرم قال . سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال . الرهن لا ينتفع منه بشيء الا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف ، قلت له فإن كان اللبن والركوب أكثر قال لا الا بقدر ، ونقل حنبل عن أحمد أن له استخدام العبد أيضا وبه قال أبو ثور . اذا امتنع المالك من الانفاق عليه قال أبو بكر . خالف حنبل الجماعة ، والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء الا ما خصه الشرع به فان القياس يقتضى أن لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس .

النوع الثاني . غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتهن لم يرجع بشيء

رواية واحدة ، وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته فان عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه فان فعل كان متبرعا بخلاف الحيوان فإنه يجب على مالكه الإنفاق عليه لحرمته فى نفسه .

(فصل) فأما الحيوان إذا أنفق عليه متبرعا لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بعوضه كما لو تصدق على مسكين ، وان نوى الرجوع على مالكه وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لانه ناب عنه فى الإنفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله فى ذلك ، وان كان بغير اذنه فهل يرجع عليه ؟ يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه لانه ناب عنه فيما يلزمه ، وقال أبو الخطاب . ان قدر على استئذانه فلم يستأذنه فهو متبرع لا يرجع بشيء ، وان عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما اذا مات العبد المرهون فكفنه والاول أقيس فى المذهب اذ لا يعتبر فى قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم .

(فصل) واذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك ، قال أحمد . يوضع عن الراهن بقدر ذلك لان المنافع ملك الراهن فاذا استوفاها فعليه قيمتها فى ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين و يتساقطان .

« مسألة » قال (وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن)

أراد بغلة الدار أجرها وكذلك خدمة العبد ، وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا فى يد من الرهن فى يده كالاصل ، واذا احتيج الى بيعه فى وفاء الدين بيع مع الاصل سواء فى ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر ؛ وبنحو هذا قال النخعى والشعبى وقال الثورى وأصحاب الرأى . فى النماء يتبع ، وفى الكسب لا يتبع ، لان الكسب فى حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع فى الرهن كأعيان مال الراهن ، وقال مالك . يتبع الولد فى الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل فى الحقوق الثابتة كولد أم الولد .

وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر : لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب ، لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسرى الى غيره كحق الجناية ، قال الشافعي : ولو رهنه ماشية مخاضاً فنتجت فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر ، ومن حجتهم أيضا قول النبي ص : « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » والنماء غنم فيكون للراهن ، ولأنها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهنا كسائر ماله .

ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ، ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل ، ولأنه حق مستقر في الأم ثبت برضى المالك فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد .

ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى اليه حكم الرهن كالولد . وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء ، فأما الحديث فنقول به وأن غنمه ونماءه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل فانه للراهن والحق متعلق به ، والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله ، وأما حق الجناية ، فإنه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ما ثبت فيه ولأنه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص ، ولأن السراية في الرهن لا تفضى الى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه .

(فصل) وإذا ارتهن أرضا أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن مايتبع في البيع فإن كان في الأرض شجر فقال . رهنتك هذه الأرض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل فيه ، وان لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع ، وان رهنه شجراً مثمراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع وان لم تكن ظاهرة دخلت .

وقال الشافعي : لا تدخل الثمرة في الرهن بحال ، وقال أبو حنيفة : تدخل بكل حال لان الرهن عنده لا يصح على الأصول دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة .

ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وإزالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى ، وعلى الشافعي أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة

كالبيع ويدخل فى الرهن الصوف واللبن والموجودان كما يدخل فى البيع ، وكذلك الحمل وسائر ما يبع فى البيع : لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع : ولو كان الرهن داراً فخربت كانت أنقاضها رهنا لأنها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها ، ولو رهنه أرضا فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بفعل غيره لأنه من نمائها .

(فصـــل)

وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه بإجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضى المرتهن وبهذا قال الثورى وأصحاب الرأى .

وقال مالك وابن أبى ليلى والشافعى وابن المنذر : للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وان كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغـــيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل فى الرهن ولا يتعلق بها حقه ، وقد سبق الكلام فى هذا ؛ ولأنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عندالبائع على استيفاء ثمنه ، أو نقول : نوع انتفاع فلا يملكه الراهن كالذى ينقص قيمة الرهن .

إذا ثبت هذا : فإن المتراهنين إذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الإنتفاع بها وكانت منافعها معطلة ، فإن كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن ، وان اتفقا على إجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك . هذا ظاهر كلام الخرقى لأنه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهنا ، ولو عطلت منافعهما لم يكن لهما غلة ، وقال ابن أبى موسى ان أذن الراهن للمرتهن فى إعارته أو إجارته جاز والأجرة رهن ، وان أجره الراهن بإذن المرتهن خرج من الرهن فى أحد الوجهين ، والآخر لا يخرج كما لو أجره المرتهن .

وقال أبو الخطاب فى المشاع يؤجره الحاكم لهما ، وذكر أبو بكر فى الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقا ولا يؤجراه ، وهذا قول الثورى وأصحاب الرأى وقالوا . إذا أجر الراهن الرهن بإذن المرتهن كان إخراجا من الرهن لأن الرهن

يقتضى حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن .

ولنا أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن ، وهذا لا ينافى الانتفاع به ، ولا إجارته ولا اعارته ، فجاز اجتماعهما كانتفاع المرتهن به ولأن تعطيل منفعته تضييع للمال ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع اجارتها كالعبد اذا ضمن بإذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس ، وانما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به : ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائبا عنه فى امساكه وحبسه ومستوفيا لمنفعته لنفسه .

(فصل) ولا يمنع الراهن من اصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها فاذا كان الرهن ماشية فاحتاجت الى اطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة فى حق المرتهن من غير ضرر ، وان كانت فحولا لم يكن للراهن اطراقها بغير رضى المرتهن ، لأنه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام الا أن يصير الى حال يتضرر بترك الاطراق فيجوز : لانه كالمداوة له .

« مسألة » قال (ومؤنة الرهن على الراهن ، فان كان عبدا فمات فعليه كفنه ، وان كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه) .

وجملته : أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن ، وبهذا قال مالك والشافعى والعنبرى واسحاق ، وقال أبو حنيفة : أجرة المسكن والحافظ على المرتهن ، لانه من مؤنة امساكه وارتهانه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه نوع انفاق فكان على الراهن كالطعام ولان الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وان أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن ، وقال أبو حنيفة : يكون بقدر الامانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن ، وان احتيج

الى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن ، وعند أبى حنيفه هو كأجر من يرده من إباقه وبنى ذلك على أصله فى أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه ومازاد فهو أمانة عنده والكلام على ذلك فى غير هذا الموضع ، وان مات العبد كانت مؤنته كتجهيزه وتكفينه ودفنه عليه كسائر العبيد والاماء والأقارب من الاحرار .

(فصل) وان كان الرهن ثمرة فاحتاجت الى سقى وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وان احتاجت الى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لأنه يحتاج الى أن يستبقيها رهناً حتى يحل الحق ، وان كانت حالا بيعت ولم يحتج الى تجفيفها ، وان اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز ، وان اختلفا فى ذلك قدم قول من يستبقيها بعينها ، لان العقد يقتضى ذلك ، الا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطبا فإنه يباع ويجعل ثمنه مكانه ، وان اتفقا على قطع الثمرة فى وقت فلهما ذلك ، سواء كان الحق حالا أو مؤجلا ، وسواء كان الاصلح القطع أو الترك ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، وان اختلفا قدمنا قول من طلب الاصلح ان كان ذلك قبل حلول الحق ، وان كان الحق حالا قدم قول من طلب القطع ، لأنه ان كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم اجابته ، وان كان الراهن فهو يطلب تبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن فى تبقيته غرراً .

ذكر القاضى هذا فى المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعى وهذا فى معناه ويحتمل أن ينظر فى الثمرة ، فإن كانت تنقص بالقطع نقصا كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها عليه ، لان ذلك إتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقض داره ليبيع أنقاضها ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها ، وان كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال .

(فصل) وان كان الرهن ماشية تحتاج الى إطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه مايتضمن زيادة فى الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لهما لاضرر على المرتهن فيه ، وان احتاجت الى رعى فعلى الراهن أن يقيم لها راعيا ، لأن ذلك يجرى مجرى علفها ، وإن أراد الراهن

السفر بها ليرعاها فى مكان آخر ، وكان لها فى مكانها مرعى تتماسك به فللمرتهن منعه من ذلك ، لأن فى السفر بها إخراجها عن نظره ويده ، وإن أجدب مكانها فلم تجد ما تتماسك به فللراهن السفر بها ، لانه موضع ضرورة لأنها تهلك إذا لم يسافر بها الا أنها تكون فى يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها ، فإن امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها ، لان فى بقائها هلاكها وضياع حقه من الرهن ، فإن أرادا جميعا السفر بها واختلفا فى مكانها قدمنا قول من يعين الاصلح ، فإن استويا قدمنا قول المرتهن .

وقال الشافعى : يقدم قول الراهن ، وان كان الأصلح غيره ، لأنه أملك بها الا أن يكون مأواها الى يد عدل .

ولنا أن اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا فى بلد واحد وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له ، سواء أراد نقلها الى مثله أو أخصب منه إذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به ، وان اتفقا على نقلها جاز أيضا سواء كان أنفع لها أو لا ، لان الحق لهما لا يخرج عنهما .

﴿ فصــــل ﴾

وان كان عبدا يحتاج الى ختان والدين حال أو أجله قبل برئه منع منه ، لأنه ينقص ثمنه وفيه ضرر ، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك ، لانه من الواجبات ويزيد به الثمن ولا يضر المرتهن ومؤنته على الراهن ، فإن مرض فاحتاج الى دواء لم يجبر الراهن عليه لأنه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة ، وان أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه ، لانه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما ، وان كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتهن منعه منه : لانه لا يأمن تلفه .

وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى توديج ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم وهما عرقان عريضان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبزيغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك مالم يخف منه ضررا وان احتيج الى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز وان خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر وإن كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لا من قطعها ، لانه لا يحس بلحم ميت ، وإن كانت به خبيثة

فقال أهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن ذلك والا فليس له فعله ، وان تساوى الخوف عليه فى الحالين لم يكن له قطعها . لأنه يحدث جرحا فيه لم يترجح احداثه ، وان كانت به سلعة أوأصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها الا ان قطعها يخاف منه وتركها لايخاف منه ، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجى نفعه ولايخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه . وقال القاضى له ذلك بغير اذن المرتهن لأن له معالجة ملكه وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه ، ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع . لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره وان خيف منه الضرر لم يمكن منه . لأن فيه خطراً بحق غيره .

(فصل) فان كان الرهن نخلا فاحتاج الى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة . وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من أجزائه أو من نمائه ، وقال أصحاب الشافعى : ليس من الرهن ، بناء منهم على أن النماء ليس منه ، ولا يصح ذلك ههنا لان السعف من جملة الاعيان التى ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول وأنقاض الدار ، وان كان الرهن كرما فله زباره لانه لمصلحته ولا ضرر فيه ، والزرجون من الرهن ولو كان الشجر مزدحما وفى قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك ؛ وان أراد تحويله كله لم يملك ذلك ؛ وان قيل هو الاولى لانه قد لا يعلق فيفوت الرهن ، وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل مافيه زيادة الرهن

(فصـــل)

وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع أجبره الحاكم عليها وإن لم يفعل اكترى له الحاكم من ماله ، فإن لم يكن له مال اكترى من الرهن، فإن بذلها المرتهن متطوعا لم يرجع بشىء ، وان أنفق بإذن الراهن أو إذن الحاكم عند تعذر اذن الراهن محتسبا رجع به ، وان تعذر اذنهما أشهد على أنه أنفق ليرجع بالنفقة وله الرجوع بها ، وان أنفق من غير استئذان الحاكم مع امكانه أو من غير اشهاد بالرجوع عند تعذر

استئذانه ليرجع به فهل يرجع ؟ على روايتين ، وان أنفق بإذن الراهن ليكون الرهن رهناً بالنفقة والدين الأول لم يصح ولم يصر رهنا بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن : أنفقت متبرعا . وقال المرتهن بل أنفقت محتسبا بالرجوع ، فالقول قول المرتهن ، لأن الخلاف فى نيته وهو أعلم بها ، ولا اطلاع لغيره من الناس عليها وعليه اليمين : لأن ما قاله الراهن محتمل ، وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما ، لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها ، سواء أنفقها محتسبا أو متبرعا .

« مسألة » قال ﴿ والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله وكانت المصيبة فيه من راهنه وإن كان بتعدى المرتهن أو لم يحرزه ضمن ﴾

أما إذا تعدى المرتهن فى الرهن أو فرط فى الحفظ للرهن الذى عنده حتى تلف فإنه يضمن ، لانعلم فى وجوب الضمان عليه خلافا ، ولأنه أمانة فى يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة . وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن ، يروى ذلك عن على رضى الله عنه . وبه قال عطاء والزهرى والأوزاعى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر

ويروى عن شريح والنخعى والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين ، وان كان أكثر من قيمته لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك : إن كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق ، فمن ضمان الراهن ، وان ادعى تلفه بأمر خفى لم يقبل قوله وضمن

وقال الثورى وأصحاب الرأى : يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين . ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، واحتجوا بما روى عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن ، فجاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال « ذهب حقك » ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى ، ولأنه محبوس بدين فكان مضمونا كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه

ولنا ما روى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الاثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذئب، ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه » وباقيه سواء. قال ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة، ولأنه وثيقة بالدين، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، وكالكفيل والشاهد: ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة، وعند مالك أن مالا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة. فأما حديث عطاء فهو مرسل وقول عطاء يخالفه. قال الدارقطني: يرويه اسماعيل ابن أمية وكان كذابا.

وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا، ويحتمل أنه أراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس. وحديث أنس ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه. وأما المستوفى فإنه صار ملكا للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن، والبيع قبل القبض ممنوع

﴿ فصــل ﴾

وإذا قضاه جميع الحق أو أبرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يده، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: اذا قضاه كان مضمونا واذا أبرأه أو وهبه لم يكن مضمونا استحسانا، وهذا مناقضة لان القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه، وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه رده، لأنه أمسكه باذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعه بخلاف العاربة، فإنه يختص بنفعها، وبخلاف ما لو أطارت الريح الى داره ثوبا لزمه رده الى مالكه، لان مالكه لم يأذن في إمساكه: فأما ان سأل مالكه في هذه الحال دفعه اليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه اذا أمكنه، فإن لم يفعل صار ضامنا كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها، وان كان امتناعه لعذر، مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه، أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو

فوت صلاة ، أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك فتلف فلا ضمان عليه ، لأنه لا تفريط منه فأشبه المودع

(فصـــل)

وإذا قبض المرتهن الرهن فوجدها مستحقا لزمه رده على مالكه ، والرهن باطل من أصله ، فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف فى يده استقر عليه الضمان وللمالك تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك ، وإن ضمن الراهن رجع عليه ، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه فالحكم كذلك ، لأن الضمان يستقر عليه ، وإن تلف بغير تفريطه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يضمن ويستقر الضمان عليه ، لأن مال غيره تلف تحت يده العادية فاستقر الضمان عليه كما لو علم .

والثانى لا ضمان عليه ، لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه ، فلم يضمنه كالوديعة ، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير

والوجه الثالث أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب . فإن ضمن الغاصب لم يرجع على أحد ؛ وان ضمن المرتهن رجع على الغاصب لأنه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية أمة

« مسألة » قال (وان اختلفا فى القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وإن اختلفا فى قدر الحق فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن لواحد منهما بما قال بينة)

يعنى اذا اختلفا فى قيمة الرهن إذا تلف فى الحال التى يلزم المرتهن ضمانه ، وهى إذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه غارم ، ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به والقول قول المنكر . وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا ، وان اختلفا فى قدر الحق نحو أن يقول الراهن : رهنتك عبدى هذا بألف ، فقال المرتهن بل بألفين ، فالقول قول الراهن ، وبهذا قال النخعى والثورى والشافعى والبتى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وحكى عن الحسن وقتادة

أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ، ونحوه قول مالك ، لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن ، والقول قول المنكر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف ، فالقول قول من ينفيها ، كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم ، فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته

إذا ثبت هذا فإن القول قول الراهن في قدر ما رهنه به ، سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين ألفان ، وقال الراهن : إنما رهنتك بأحد الألفين ، وقال المرتهن بل رهنته بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين ، وقال الراهن هو رهن بالمؤجل ، وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ، ولان القول قوله في أصل الرهن ، فكذلك في صفته ، وهذا إذا لم يكن بينة . فإن كان لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف في جميع هذه المسائل

(فصـــل)

وان اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد : قال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لأنه منكر ، ولا نعلم في هذا خلافاً . وان قال رهنتك هذا العبد ، قال بل هذه الجارية ، خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بأنه لم يرهنه وحلف الراهن على أنه مارهنه الجارية ، وخرجت من الرهن أيضا ، وان اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله أيضا ؛ لانه منكر والاصل معه ، وكذلك الحكم في المستأجر إذا ادعى رد العين المستأجرة

وقال أبو الخطاب . يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن، والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل اذا ادعيا الرد ، فإن فيهما وجهين ، والفرق بينهما وبين المرتهن أن المرتهن قبض العين لينتفع بها ؛ وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لا بها، وان

اختلفا فى تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن يده يد أمانة ، ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف ، فقبل قوله فيه كالمودع

(فصل) فإن قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين ، قال بل على أن أرهنك هذا وحده ، ففيها روايتان حكاهما القاضي :

إحداهما يتحالفان لأنه اختلاف فى البيع ، فهو كالاختلاف فى الثمن

والثانية القول قول الراهن لأنه منكر لشرط رهن العبد الذى اختلفا فيه . والقول قول المنكر ، وهذا أصح

(فصل) وإن قال أرسلت وكيلك فرهنني عبدك على عشرين قبضها . قال ما أمرته برهنه إلا بعشرة ولا قبضت إلا عشرة ، سئل الرسول فإن صدق الراهن فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا قبض إلا عشرة ، ولا يمين على الراهن لأن الدعوى على غيره ، فإذا حلف الوكيل برئا جميعاً وان نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لأنه يصدق الراهن فى أنه ما أخذها ولا أمره بأخذها وانما المرتهن ظلمه ، وان صدق الوكيل المرتهن وادعى أنه سلم العشرين الى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فإن نكل قضى عليه بالعشرة ويدفع الى المرتهن ، وان حلف برىء وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن ، لأنه يزعم أنها حق له وانما الراهن ظلمه ، وان عدم الرسول أو تعذر احلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن فى رهنه الا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الأخرى .

فصل

اذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال : قضيت دين الرهن ، وقال المرتهن بل قضيت الدين الآخر ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، سواء اختلفا فى نية الراهن بذلك أو فى لفظه ، لأنه أعلم بنيته وصفة دفعه ولأنه يقول ان الدين الباقى بلا رهن ، والقول قوله فى أصل الرهن فكذلك فى صفته ، وان أطلق القضاء ولم ينو شيئا ، فقال أبو بكر له صرفها الى أيهما شاء ، كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما كان له أن يعين عن أى المالين شاء ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى

وقال بعضهم : يقع الدفع عن الدينين معا عن كل واحد منهما نصفه ، لأنهما تساويا فى القضاء فتساويا فى وقوعه عنهما ، فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذى ذكرناه فى الراهن . ذكره أبو بكر

(فصل) وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن فى حقهما ولم يضر إنكاره لأن الحق لهما ، وإن قال أحدهما : قبضه العدل فأنكر الآخر . فالقول قول المنكر ، كما لو اختلفا فى قبض المرتهن له ، ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لأنها شهادة الوكيل لموكله .

﴿ فصل ﴾

إذا كان فى يد رجل عبد ، فقال ، رهنتنى عبدك هذا بألف ، فقال : بل غصبته أو استعرته ، فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده ، لأن الأصل عدم الرهن ، وإن قال السيد : بعتك عبدى هذا بألف ، قال . بل رهنته عندى بها فالقول قول كل واحد منهما فى العقد الذى ينكره ، ويأخذ السيد عبده ، وهكذا لو قال : رهنتكه بألف أقرضتنيه ، قال . بل بعتنيه بألف قبضته منى ثمنا ، فكذلك ويرد صاحب العبد الألف ويأخذ عبده .

فصل : وإذا ادعى على رجلين فقال . رهنتمانى عبدكما بدينى عليكما ، فأنكراه ، فالقول قولهما ، فإن شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته اذا كان عدلا وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهنا أو يحلف مع أحدهما ، ويصير نصيب الآخر رهنا ، وان أقر أحدهما ثبت فى حقه وحده ، وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته ان كان عدلا ، لأنه لا يجلب لنفسه نفعا ، ولا يدفع عنها ضرراً ، وبهذا قال أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم . اذا أنكرا جميعا ففى شهادتهما نظر ، لأن المشهود له يدعى أن كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن ، فإذا طعن المشهود له فى شهوده لم تقبل شهادتهم له ، قلنا . لا يصح هذا ، فإن انكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه ، وان كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو تلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئا وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشىء لم ترد شهادتهما ، وان كان أحدهما كاذبا فى مخالفته لصاحبه ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعا مع تحقق الجرح فى أحدهما .

(فصل) واذا رهن عينا عند رجلين ، فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ومتى وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن ، لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين ، فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفردا فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك ، وان كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته ، لان على المرتهن ضررا فى قسمته ويقر فى يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديعة ، وان رهن اثنان عبدهما عند رجل فوفاه أحدهما ، انفك الرهن فى نصيبه ، وقد قال أحمد ، فى رواية مهنا فى رجلين رهنا دارا لهما عند رجل على ألف ، فقضاه أحدهما : ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقى .

وقال أبو الخطاب فى رجل رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما ، فجميعه رهن عند الاخر حتى يوفيه ، وهذا من كلام أحمد وأبى الخطاب ، محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن ، لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهنا اذ لا يجوز أن يقال . انه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهنا ، ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف ، فهذه أربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهنا بمائتين وخمسين ، فمتى قضاها ؟ من هى عليه انفك من الرهن ذلك القدر . قاله القاضى وهو الصحيح

(فصل) ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال . كل واحد منهما رهنه عندى دون صاحبى فأنكرهما جميعا ، فالقول قوله مع يمينه ، وان أنكر أحدهما وصدق الاخر سلم الى من صدقه وحلف الاخر . وان قال لا أعلم عين المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو فى يده منهما مع يمينه ، وان كان فى أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهنا عنده ، وان كان فى يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعيا ملكه ، ولو قال . رهنته عند أحدهما ثم رهنته للآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك وان قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف للآخر ، وان نكل والعبد فى يد الاول أو يد غيره فعليه قيمته للثانى كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فإنه يسلم الى زيد ويغرم قيمته لعمرو ، وان نكل والعبد فى يد الثانى أقر فى يده وغرم

قيمته للأول ، لأنه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضى : إذا اعترف به لغير من هو فى يده فهل يرجح صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين ، ولو اعترف لأحدهما وهو فى يديهما ثبتت يد المقر له وفى النصف الآخر وجهان .

﴿ فصـــل ﴾

إذا أذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه ، وإن أذن له قبل حلوله مطلقا فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه : لأنه أذن له فيما ينافى حقه فأشبه ما لو أذن فى عتقه وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومحمد : يكون الثمن رهنا لان الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين .

قال الطحاوى حق المرتهن متعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف : ولنا : أنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن فإذا أذن فيه أسقط حقه كالعتق ، ويخالف ما بعد الحلول ، لان المرتهن يستحق البيع ، ويخالف الإتلاف ، لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فإن قال : إنما أردت بإطلاق الإذن أن يكون ثمنه رهنا لم يلتفت إلى دعواه ، لان إطلاق الاذن يقتضى بيعا يفسخ الرهن ؛ وبهذا قال الشافعى وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهنا أو يعجل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك ، وإن اختلفا فى الإذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان أذن فى البيع واختلفا فى شرط جعل ثمنه رهنا أو تعجيل دينه منه ، فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة ، وإن أذن الراهن فى البيع ثم رجع قبل البيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه ، وإن باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتمل وجهين بناء على عزل الوكيل قبل علمه ، فإن اختلفا فى الرجوع قبل البيع فقال القاضى القول قول المرتهن أيضا لان الاصل عدم الرجوع وعدم البيع قبل الرجوع فتعارض الاصلان وبقيت العين رهنا على ما كانت وبهذا كله قال الشافعى وهذا فيما لا يحتاج الى بيعه فأما مادعت الحاجة الى بيعه كالذى خيف تلفه اذا أذن فى بيعه مطلقا تعلق الحق بثمنه لان بيعه مستحق فأشبه ما بيع بعد حلول الدين .

(فصل) اذا حل الحق لزم الراهن الايفاء لانه دين حال فلزم ايفاؤه كالذي لا رهن به فان لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل فى بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلمالكه وان فضل من الدين شيء فعلى الراهن ، وان لم يكن أذن لهما فى بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء وبيع الرهن فان فعل والا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره ليبيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لان ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير إذنه ، ولنا أنه حق تعين عليه فاذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه فى أدائه كالايفاء من جنس الدين وان وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن .

« مسألة » قال (والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حقه حيا كان الراهن أو ميتا)

وجملته أنه اذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم أو حجر عليه لفلسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش جناية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل ، ثم من له رهن فانه يخص بثمنه عن سائر الغرماء ، لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم ، فيباع الرهن فان كان ثمنه وفق حقه أخذه ، وان كان فيه فضل عن دينه رد الباقى على الغرماء ، وان فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب مع الغرماء ببقية دينه ، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو أحق بها ثم نقسم الباقى بين الغرماء على قدر ديونهم ولو كان فيهم من دينه ثابت بجناية المفلس لم يقدم وكان أسوة الغرماء ، لان أرش جنايته يتعلق بذمته دون ماله فهو كبقية الديون بخلاف أرش جناية العبد فانها تتعلق برقبة العبد فلذلك كان أحق به ممن تعلق حقه بمجرد الذمة ، ولا فرق فى استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الراهن حيا أو ميتا . لان تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقا بعين المال وهذا

المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ما ثبت به كأرش الجناية .

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشترى الغرماء ، لان حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش جناية المفلس ، وذكر القاضى احتمالا آخر أنه يقدم على الغرماء ، لانه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن . ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفا من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشترى بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعى .

ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذى جنى عليه المفلس وفارق المرتهن ، فإن حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الاول منتقض بأرش جناية المفلس ، والثانى : مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فأما ان كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه ، لانه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ومتى باع العدل مال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس فلا شيء على العدل لأنه أمين .

(فصل) ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئا غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التى استأجرها من الغرماء حتى يستوفى حقه ، لان حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له فى هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئا ، فإن هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وإن استأجر جملا فى الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء ، لان حقه لم يتعلق بالعين : وهذا مذهب الشافعى . ولا نعلم فيه خلافا ، فإن آجر داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة ، وإن اختلفوا قدم قول من طلب البيع فى الحال ، لانه أحوط من التأخير فاذا استوفى المستأجر يسلم المشترى ، وإن اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضى مدة الاجارة فلهم ذلك ، لان الحق لهم لا يخرج عنهم .

(فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فالمشترى أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما ، لأن المشترى قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وما بعده ، وان كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائما فهو أحق به ، لأنه وجد عين ماله وان لم يجده فله أسوة الغرماء ؛ لانه لم يتعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذى يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه ، فإن كان فى المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه ، وان لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقدر حقه فيشترى به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلا عما فى الذمة من المسلم فيه ولا يجوز أخذ البدل عن المسلم فيه ، وان أمكن أن يشترى بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشترى له بقدر حقه ورد الباقى على الغرماء

مثاله : رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فإنه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويعزل نصفه للمسلم ، فإن رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس الا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيدفع إليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر ، فإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلى ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضاً لان المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه ، فان زاد فللمفلس وان نقص فعليه

(فصل) قال عبدالله بن أحمد : سألت أبى عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا من رهن عنده ، قال : إذا أيست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها ، فإن عرف بعد أربابها خيرهم بين الاجر أو يغرم لهم ، هذا الذى أذهب اليه ، وقال أبو الحارث عن أحمد فى الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل ، فظاهر هذا أنه يستوفى حقه ونقل أبو طالب لا يستوفى حقه من ثمنه ، ولكن إن جاء صاحبها فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه ، وأما إن رفع أمره الى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك .

كتاب المفلس

المفلس : هو الذى لا مال له ولا مايدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « أتدرون من المفلس ؟ » قالوا يارسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال « ليس ذلك المفلس ولكن المفلس من يأتى يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتى وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن بقى عليه شىء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك الى النار » أخرجه مسلم بمعناه .

فقولهم ذلك اخبار عن حقيقة المفلس ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفى الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة اليه كالغنى . ونحو هذا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذى يغلب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس السابق من سبق بعيره وانما السابق من غفر له » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض انما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر :

ليس من مات فاستراح بميت انما الميت ميت الأحياء

وانما سمى هذا مفلساً : لأنه لا مال له الا الفلوس وهى أدنى أنواع المال والمفلس فى عرف الفقهاء من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله ، وسموه مفلسا وان كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف فى جهة دينه فكأنه معدوم ، وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ماعليه فقسمت بين الغرماء وبقى لاشىء له ، ويجوز أن يكون سمى بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ، ويجوز أن يكون سمى بذلك لانه يمنع من التصرف فى ماله الا الشىء التافه الذى لايعيش الا به كالفلوس ونحوها .

(فصل) ومتى لزم الانسان ديون حالة لا يفى ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته اجابتهم ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجتنب معاملته فإذا حجر

عليه ثبت بذلك أربعة أحكام ، أحدها : تعلق حقوق الغرماء بعين ماله ، والثانى : منع تصرفه فى عين ماله ، والثالث : أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط ، الرابع : أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء ، والاصل فى هذا « ما روى كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله » رواه الخلال بإسناده .

وعن عبد الرحمن بن كعب قال : كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله فى الدين فكلم النبى صلى الله عليه وسلم غرماؤه ، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء ، قال بعض أهل العلم إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم كانوا يهوداً .

« مسألة » قال (وإذا فلس الحاكم رجلا فأصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون أسوة الغرماء)

وجملته : أن المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التى باعه اياها بعينها بالشروط التى يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعته ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وأبى هريرة ، وبه قال عروة ومالك والاوزاعى والشافعى والعنبرى واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعى وابن شبرمة وأبو حنيفة هو أسوة الغرماء لأن البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حقه من الامساك فلم يكن له أن يرجع فى ذلك بالافلاس كالمرتهن اذا سلم الرهن الى الراهن ولانه ساوى الغرماء فى سبب الاستحقاق فيساويهم فى الاستحقاق كسائرهم .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه ، قال أحمد : لو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث ، جاز له نقض حكمه ، ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر ، ولانه اذا شرط فى البيع رهنا فعجز عن تسليمه ، استحق الفسخ ، وهو

وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويفارق المبيع الرهن فإن امساك الرهن امساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل ، والثمن ههنا بدل عن العين ، فإذا تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل .

وقولهم : تساووا فى سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا فى الشرط ، فان بقاء العين شرط لملك الفسخ ، وهى موجودة فى حق من وجد متاعه دون من لم يجده ، اذا ثبت هذا : فإن البائع بالخيار ان شاء رجع فى السلعة وان شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر ، لأن الاعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار : ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم ، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر الى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق الامة .

(فصل) وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخى ؟ على وجهين . بناء على خيار الرد بالعيب وفى ذلك روايتان :

احداهما : هو على التراخى ، لانه حق رجوع يسقط الى عوض : فكان على التراخى كالرجوع فى الهبة .

والثانى . هو على الفور ، لانه خيار يثبت فى البيع لنقص فى العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، ولان جواز تأخيره يفضى الى الضرر بالغرماء ؛ لافضائه الى تأخير حقوقهم ، فأشبه خيار الاخذ بالشفعة ، ونصر القاضى هذا الوجه ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين .

فصل

فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها لم يلزمه قبوله ، نص عليه أحمد وبه قال الشافعى ، وقال مالك : ليس له الرجوع لأن الرجوع انما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص فى الثمن فإذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب ، ولنا الخبر الذى رويناه ، ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيده ، وبهذا ينتقض ما ذكروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من التركة .

وفى هـذا القسم ضـرر آخر لأنه لا يأمن تجدد ثبوت دين آخر فيرجع عليه :
وإن دفعوا إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسـخ ، كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الأداء أو وهب له مال فأمكنه الأداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفسـخ لزوال سببه ، ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشترى فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس .

(فصـــل)

فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه فى ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستيفاء سواء علم أو لم يعلم ولأنه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلا ؛ ولأن العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة فأشبه من اشترى معيباً يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر ولأنه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ ، كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها .

وفيه وجه ثالث : إن باعه عالما بفلســه فلا فسخ له ، وإن لم يعلم فله الفسخ كمشترى المعيب ، ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم ، فالرضا بالمعسر بها رضى بعيب ما لم يجب بخلاف مسألتنا ، وإنما يشبه هـــذا إذا تزوجته معسراً بالصداق وسلمت نفسها اليه ثم أرادت الفسخ

(فصل) ومن استأجر أرضا ليزرعها فأفلس قبل مضى شىء من المدة فللمؤجر فسخ الإجارة لأنه وجد عين ماله : وإن كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالأجرة وإن كان بعد مضى بعضها لم يملك الفسخ فى قياس قولنا فى المبيع إذا تلف بعضـه فإن المـدة ههنا كالمبيع ومضى بعضها كتلف بعضه ، لكن يعتبر مضى مدة لمثلها أجرة لأنه لا يمكن التحرز عن مضى جزء منها بحال .

وقال القاضى فى موضع آخر : من اكــترى أرضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الأرض فعليه تبقية زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله لأن المعقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان

عليه عوضها ، كما لو فسخ البيع بعد أن أتلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى، وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد لصحته الخبر ولا يصح في النظر .

أما الخبر فلأن النبي (ص) إنما قال « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا ما أدرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالإجماع ، فإنهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ، ولأن معنى قوله « من أدرك متاعه بعينه » أي على وجه يمكنه أخذه لا يتعلق حقه بعينه ، وليس هذا كذلك . وأما النظر فلأن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة ، وهذا لم يتعلق حقه بالعين ولا أمكن ردها إليه ، وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى ، وليس هذا هو المقتضى في محل النص ولا هو في معناه ، فإثبات الحكم به تحكم بغير دليل ، ولو اكترى رجلا يحمل له متاعا إلى بلد ثم أفلس المكترى قبل حمل شيء فللمكترى الفسخ ، وان حمل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ ، وقياس قول القاضي له ذلك ، فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى، وعلى قياس قول القاضي ينفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسألة التي حكينا قوله فيها .

(فصل) فإن أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقترض وعين المال قائم فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع ، وإن أصدق امرأة له عينا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا

« مسألة » قال (فإن كانت السلعة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كأسوة الغرماء)

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمس شرائط .

(أحدها) أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها ، فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه ، أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار ، أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء ، وبهذا قال إسحاق . وقال مالك والاوزاعى والشافعى والعنبرى : له الرجوع فى الباقى ويضرب مع الغرماء بحصة التالف . لأنها عين يملك الرجوع فى جميعها فملك الرجوع فى بعضها كالذى له الخيار وكالأب فيما وهب لولده .

ولنا قول النبى (ص) : من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به . فشرط أن يجده بعينه ولم يجده بعينه ، ولأنه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما اذا وجد بعضه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه من الثمن لأنه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو بعض أحدهما ففى جواز الرجوع فى الباقى منهما روايتان (إحداهما) لا يرجع . نقلها أبو طالب عن أحمد قال : لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء ، لأنه لم يجد المبيع بعينه فأشبه ما لو كان عيناً واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع كما لو قطعت يد العبد .

ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد : إن كان ثوباً واحداً فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء ، وان كان رزما فتلف بعضها فإنه يأخذ بقيمتها إذا كان بعينه لان السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل فى عموم قوله صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به » ولانه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع

(فصل) وإن باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه ، لان البائع ما أدرك ماله بعينه .

(فصل) وان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسى صناعة أو كتابة أو كبر أو مرض أو تغير عقله ، أو كان ثوباً فخلق لم يمنع الرجوع ، لان فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين ماله ، لكنه يتخير بين أخذه

ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه ، لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الأسعار ، ولو كان المبيع أمة ثيباً فوطئها المشترى ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا ، فإنها لم تنقص فى ذات ولا فى صفات ، وإن كانت بكراً فقال القاضى : له الرجوع لأنه فقد صفة ، فإنه لم يذهب منها جزء ، وإنما هو كالجراح . وقال أبو بكر : ليس له الرجوع لأنه أذهب منها جزءاً فأشبه ما لو فقأ عينها ، وإن وجـد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا .

(فصل) وإن جرح العبد أو شج فعلى قول أبى بكر لا يرجع لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن ، فأشبه ما لو فقئت عين العبد ، لأنه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع ، كما لو قطعت يد العبد ، ولأنه لو نقص صفة مجردة لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شىء سـواه ، كما ذكرنا فى هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه ، ولأن الرجوع فى المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما ، فلا يثبت فى محل لا يحصل به هذا المقصود . وقال القاضى : قياس المذهب أن له الرجوع لأنه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب ، فإذا رجع نظرنا فى الجرح فإن كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جناية المفلس أو جناية عبده أو جناية العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش ، وإن كان الجرح موجبا لأرش كجناية الأجنبى فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن ، فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لأنه مضمون على المشترى للبائع بالثمن . فإن قيل فهلا جعلتم له الارش الذى وجب على الأجنبى لأنه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشىء ، فلا يجوز أن يرجع بأ كثر من الارش ؟ قلنا : لمـا أتلفه الاجنبى صار مضمونا بإتلافه للمفلس فكان الارش له ، وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمنه بالارش، وإذا لم يتلفه أجنبى فلم يكن مضمونا فلم يجب بفواته شىء ، فان قيل فهلا كان هذا الارش للمشترى كـكسبه لا يضمنه للبائع ؟ قلنا الـكسب بدل منافعه ؛ ومنافعه مملوكة للمشترى بغير عوض ، وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك المشترى

(فصل) فان اشترى زيتا فخلطه بزيت آخر أو قمحا فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال مالك يأخذ زيته ، وقال الشافعى . إن خلطه بمثله أو دونه ، لم يسقط الرجوع ، وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن ، وإن خلطه بأجود منه ، ففيه قولان :

أحدهما : يسقط حقه من العين ، وقال الشافعى : وبه أقول : واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم ، فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ، ولأنه ليس فيه أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع ، كما لو اشترى ثوباً فصبغه ، أو سويقاً فلتّه .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ، ولأن ما يأخذه من غير عين ماله ، إنما يأخذه عوضا عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه » أى من قدر عليه وتمكن من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس ، أو كانت مسامير قد سمر بها بابا ، أو حجرا قد بنى عليه ، أو خشبا فى سقفه ، أو أمة استولدها ، وهذا إذا اخذ كيله أو قيمته : إنما يأخذ عوض ماله ، فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فإن عينه يمكنه أخذها والسويق كذلك فاختلفا

(فصل) وإن اشترى حنطة فطحنها أو زرعها ، أو دقيقا فخبزه ، أو زيتا فعمله صابونا ، أو ثوبا فقطعه قميصا ، أو غزلا فنسجه ثوبا ، أو خشبا فنجره أبوابا ، أو شريطا فعمله إبراً ، أو شيئا فعمل به ما أزال اسمه ، سقط حق الرجوع ، وقال الشافعى فيه قولان :

احدهما به أقول : يأخذ عين ماله ويعطى قيمة عمل المفلس فيها ، لأن عين ماله موجودة وإنما تغير اسمها فأشبه ما لو كان المبيع حملا فصار كبشاأو وديافصار نخلا

ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ، ولأنه غير اسمه وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجراً ، والأصل الذى قاسوا عليه ممنوع ، وإن سلم فإنه لم يتغير اسمه بخلاف مسألتنا .

(فصل) وان كان حبا فصار زرعا ، أو زرعا فصار حبا أو نوى فنبت شجراً ، أو بيضا فصار فراخا ، سقط حق الرجوع ، وقال القاضى : لا يسقط .

وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليه منهما ، لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته ، ولان الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع ، وكذلك أعيان الزرع والفرخ ولو استأجر أرضا واشترى بذراً وماء ، فزرع وسقى واستحصد وأفلس ، فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم فى الرجوع ، لانهم لم يجدوا أعيان أموالهم ، وعلى قول من قال : له الرجوع فى الزرع يكون عليه غرامة الاجرة وثمن الماء ، أو قيمة ذلك .

(فصــل)

وان اشترى ثوبا فصبغه ، أو سويقا فلته بزيت ، فقال أصحابنا : لبائع الثوب والسويق الرجوع فى أعيان اموالهما ، وهو مذهب الشافعي ، لان عين مالهما قائمة مشاهدة ما تغير اسمها ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فإن حصل زيادة فهى له ، وان حصل نقص فعليه ، وان نقصت قيمة الثوب او السويق ، فإن شاء البائع اخذهما ناقصين ولا شيء له ، وان شاء تركهما وله اسوة الغرماء ، لان هذا نقص صفة فهو كالهزال : ويحتمل ان لا يكون له الرجوع اذا زادت القيمة ، لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كما لو سمن العبد ، ولان الرجوع ههنا لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وازالة المعاملة ، بل يحصل به ضرر الشركة فلم يكن فى معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به .

(فصل) وان اشترى صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا ، فبائعهما أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي : له الرجوع ، لانه وجد عين ماله ، قالوا ولو اشــــترى ثوبا وصبغا وصبغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شيء فى عين ماله وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب ، وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ ، لانه الذى يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر ، كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه ،

والآخر سدسه ، ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم ، وذكر القاضي مثل هذا في موضع :

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ، ولان المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجراً بني عليه أو مسامير سمر بها بابا ، ولو اشترى ثوبا وصبغا من واحد فصبغه به ، فقال أصحابنا : لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب ، فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ ، ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا ، لانه وجـــد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ، ولان المعنى في المحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا ، فيملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو أنه اشترى رفوفا ومسامير من رجل واحد فسمرها بها رجع بائعها فيهما كذلك . وكذلك ما أشبهه

(فصل) إذا اشترى ثوبا فقصره لم يخل من حالين :

أحدهما : أن لا تزيد قيمته بذلك ، فللبائع الرجوع فيه ، لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها ، وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة ، فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ، ولا شيء له مع الرجوع .

الثاني : ان تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الخرقي ، لان الثوب زاد زيادة لا تتميز فلم يملك البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد ، ولانه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها ، فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ اذا صبغ به ، والزيت إذا لت به سويق ، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ؛ ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها ، فعلى قولهم : إن كانت القصارة بعمل المفلس او بأجرة وفاها ، فهما شريكان في الثوب ؛ فإذا كانت قيمة الثوب خمسة ، فصار يساوي ستة ، فللمفلس سدسه ؛ ولبائعه خمسة أسداسه ، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة الى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه

فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشترى ، وإن لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه ، وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره ، فله حبس الثوب على استيفاء أجره ، فإن كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه ، وان كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما بقى ، وإن كانت أكثر ، مثل أن تكون الزيادة درهمين ، والاجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء .

﴿ فصـــل ﴾

الشرط الثانى : أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصناعة والكتابة أو القرآن ونحو ذلك ، واختلف المذهب فى هذا فذهب الخرقى الى أنها تمنع الرجوع ، وروى الميمونى عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعى ، الا أن مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذى باعها به ، واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ ولان الزوج يمكنه الرجوع فى قيمة العين فيصل الى حقه تاما وههنا لا يمكنه الرجوع فى الثمن .

ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع فى عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ، ولانها زيادة فى ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصلة بفعله ولان النماء لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله ، وفارق الرد بالعيب لوجهين .

أحدهما . أن الفسخ فيه من المشترى فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة ، وتركها للبائع بخلاف مسألتنا .

والثانى : أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذى لا يستحق به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم : ان الزوج انما لم يرجع فى العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة ـ لا يصح فان اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشترى المعيب ، ثم كان ينبغى أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له . فلما لم يكن كذلك علم أن

المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة وأنه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فان الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع المشترى من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا الى تمام ديونهم والمفلس المحتاج الى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته .

(فصل) وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل ، يحققه أنه اذا كان تلف بعض المبيع مانعا من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء فلأن يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ولانه إذا رجع فى الناقص فما رجع الا فيما باعه وخرج منه واذا رجع فى الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق .

(فصل) فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعى وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس ، هذا ظاهر كلام الخرقى لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد والقاضى ومذهب الشافعى وهو الصحيح ان شاء الله تعالى : وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد فى ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع لانها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة .

ولنا أنها زيادة انفصلت فى ملك المشترى فكانت له كما لو رده بعيب ولانه فسخ استحق بهاسترجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الإقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبى صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » يدل على أن النماء والغلة للمشترى لكون الضمان عليه ، وأما الزيادة المتصلة فقد دللنا على أنها للمفلس أيضا وفى ذلك تنبيه على كون المنفصلة له ثم لو سلمنا ثم فالفرق ظاهر فإن المتصلة تتبع فى الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة ولا ينبغى أن يقع فى هذا اختلاف لظهوره ، وكلام أحمد فى رواية حنبل يحمل على أنه باعهما فى حال حملها فيكونان مبيعين ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء .

فصل

ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهى حامل فله الرجوع فيها الا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها من أجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما مضى، وان أفلس بعد وضعها، فقال القاضى: له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل، والصحيح: أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول أبى بكر: لا يمنع الرجوع فيهما وعلى قول غـيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمنع الرجوع فى الأم لئلا يفضى الى التفريق بين الأم وولدها ويحتمل أن يرجع فى الأم ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعا له وان لم يفعل بيعت الأم وولدها جميعا وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الأم فهو للبائع وما خص الولد كان للمفلس، وان قلنا ان للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم فإن كانت الأم والولد قد زاد بالوضع فحكمهما حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما، وان زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض أحدهما فهل يمنع ذلك الرجوع فى الأخرى؟ كذلك يخرج ههنا وجهان.

أحدهما: أنه له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع فى الأم دون الولد على ما فصلناه.

الثانى: ليس له الرجوع فى شىء منهما لأنه لم يجد المبيع إلا زائداً، فامتنع عليه الرجوع كالعين الواحدة، وان كان البيع حيواناً غير الأمة فحكمه حكمها الا فى أن التفريق بينها وبين ولدها جائز، والامة بخلاف ذلك.

(فصـــل) وان اشترى حائلا فحملت ثم أفلس وهى حامل فزادت قيمتها به فهى زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقى ولا تمنعه على رواية الميمونى، وإن أفلس بعد وضعها فهى زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح، ويمتنع الرجوع فى الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولى الشافعى، ويحتمل أن يرجع فى الام على ما ذكرنا فى التى قبلها، وعلى قول أبى بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما.

وقال القاضى: إذا وجدها حاملا انبنى على أن الحمل هل له حكم أو لا؟ فإن قلنا

لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة ، وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل يتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه ، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم .

(فصل) إذا كان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشترى لم يخل من أربعة أحوال أحدها : أن يفلس وهى بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها

الثانى : أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر ويشترطه المشترى فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا فى حكم ما لو اشترى عينين فتلفت احــــداهما ثم أفلس فهل للبائع الرجوع فى الأصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر ؟ على روايتين ، وان تلف بعضها فهو كتلف جميعها ، وان زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة فى إحدى العينين ، وقد ذكرنا بيان حكمها .

الحال الثالث : أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر فهذه الثمرة تدخل فى البيع المطلق فإن أفلس بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لأن المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر فى مطلق البيع بخلاف التى قبلها

الحال الرابع : باعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب أحدها : أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقى كالسمن والكبر ، ويحتمل أن يرجع فى النخل دون الطلع لانه يمكن فصله ويصح إفراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن والكبر ، وهذا قول ابن حامد وعلى رواية الميمونى لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع البائع كما لو فسخ بعيب وهو أحد قولى الشافعى ، والقول الثانى يرجع فى الاصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والأخذ بالشفعة .

الضرب الثانى : أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف والطلع للمشترى إلا على قول أبى بكر ، والصحيح الأول لأن الثمرة لا تتبع فى البيع الذى ثبت بتراضيهما ففى الفسخ الحاصل بغير رضى المشترى أولى ولو باعه أرضا فارغة فزرعها المشترى ثم أفلس فإنه يرجع فى الأرض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من فعل المشترى .

الضرب الثالث : أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع كما لو أفلس بعد تأبيرها لأن العين لا تنتقل إلا باختياره لها وهذا لم يخترها الا بعد تأبيرها فإن ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكره المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء ملكه وعدم زواله .

وان قال له البائع بعت بعد التأبير ، وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فإن شهد الغرماء للمفلس لم تسمع شهادتهم لأنهم يجرون الى أنفسهم نفعاً وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة .

الضرب الرابع : أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها رجع البائع فى الأصل والثمرة للمشترى الا على قول أبي بكر وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزاز، وكذلك إذا رجع فى الأرض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أوان الحصاد لأن المشترى زرع فى أرضه بحق وطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كماله كما لو باع الأصل وعليه الثمرة أو الزرع وليس على صاحب الزرع أجر لأنه زرع فى أرضه زرعا تجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك .

إذا ثبت هذا فإن اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فان كان مما لا قيمة له مقطوعا أو قيمته يسيرة لم يقطع لأن قطعه سفه وتضييع للمال ، وقد نهى النبي (ص) عن إضاعته وان كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان .

أحدهما : يقدم قول من طلب القطع لأنه أحوط فان فى تبقيته غرراً ولأن طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته ، وان كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم ، وهذا قول القاضى : وأكثر أصحاب الشافعى .

والثانى : ينظر الى ما فيه الحظ فيعمل به لأن ذلك أنفع لجميعهم والظاهر سلامته ولهذا يجوز أن يزرع للمولى عليه ، وفيه وجه آخر أنه ان كان الطالب للقطع الغرماء وجبت إجابتهم لأن حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان إيفائها وان كان الطالب له المفلس دونهم وكان التأخير أحظ له لم يقطع لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس، والمفلس يطلب ما فيه ضرر

بنفسه ومنع للغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء إجابته الى ذلك .

(فصل) إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لأنهم يقرون أنهم لا حق لهم فيه فإن أراد دفعه الى أحدهم وتخصيصه بثمنه فله ذلك لإقرار باقيهم بعدم حقهم فيه فإن امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على قبوله أو الإبراء من قدره من دينه فيقال له إما أن تقبضه واما أن تبرىء من قدر ذلك من دينك وهذا مذهب الشافعي ، لأنه محكوم به للمفلس فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب الى سيده نجوم كتابته فقال سيده هذا حرام وأنكر المكاتب ، وان أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الإبراء لذلك ، فإن قبضوا الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم الى البائع لأنهم يقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بعتق عبد في ملك غيرهم ثم اشتروه منه ، وان باع الثمرة وفرق ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لأنهم إنما اعترفوا بالعين لا بثمنها ، وان شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد ، أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وان عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لأنه انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم الا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالمقرض . أو المسلم فيلزمه أخذ ما عرض عليه اذا كان بصفة حقه .

ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قولهم الا أن يشهد منهم عدلان ، ويكون حكمهم في قبض العبد أو أخذ ثمنه ان عرضه عليهم حكم ما لو أقروا بالثمن للبائع ، وكذلك ان أقروا بعين مما في يديه أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس .

فإن قلنا : لا يصح عتقه فلا أثر لإقرارهم ، وان قلنا بصحته فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلسه : وان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه على كل حال لأنه

فصل مجتهد فيه ، فيلزم ما حكم به الحاكم ، ولا يجوز نقضه ولا تغييره .

(فصــــل) وان صدق المفلس البائع فى الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لان حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالنخيل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأبير ، ولأن هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هى ثابتة فى حقهم ابتداء بخلاف ما لو ادعى حقا وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لان اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقا لغيرهم ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقا ، ولا يجوز أن يكون نائبا فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة .

وفى مسألتنا الاصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه فى يد غريمهم ومتصل بنخله والبائع يدعى ما يزيل حقوقهم عنه ، فأشبه ســـائر أعيان ماله ، ويحلفون على نفى العلم لانه يمين على نفى الدين عن الميت ، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لاجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالقول قولهم وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك .

وكذلك لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه ، فعليهم اليمن أيضا ويكون على نفى العلم لذلك ، وان أقر أنه أعتق عبده انبنى ذلك على صحة عتق المفلس فإن قلنا يصح عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئا ملك الاقرار به ولان الاقرار بالعتق يحصل به العتق فكأنه أعتقه فى الحال .

وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل اقراره ، وكان على الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهو على جميعهم ، فان حلفوا أخذوا ، وان نكلوا قضى للمدعى بما ادعاه ، الا أن نقول برد اليمين فترد على المدعى ، فيحلف ويستحق ، وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه ، وحكم الناكل ما ذكرناه .

(فصل) وان أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ شهر وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر الغرماء ، فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه وان قلنا يقبل اقراره لم يقبل فى كسبه ؛ وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه ، لان اقراره انما قبل فى العتق دون غيره

لصحته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل فى المال لعدم ذلك فيه ولأننا نزلنا إقراره منزلة إعتاقه فى الحال فلا تثبت له الحريه فيما مضى ، فيكون كسبه محكوما به لسيده ، كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين فى يده .

﴿ فصـــل ﴾

فان كان المبيع أرضا فبناها المشترى أو غرسها ثم أفلس ، فأراد البائع الرجوع فى الارض نظرت ، فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لايخرج عنهم ، فاذا قلعوه فللبائع الرجوع فى أرضه لانه وجد متاعه بعينه . قال أصحابنا . ويستحق الرجوع قبل القلع ، وهو مذهب الشافعى ، ويحتمل أن لا يستحقه حتى يوجد القلع ، لانه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولا بملك المشترى ، فأشبه ما لو كانت مسامير فى باب المشترى ، فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض من الحفر وأرش نقص الارض الحاصل به . لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه ، كما لو دخل فصيله دار إنسان وكبر فأراد صاحبه إخراجه فلم يمكن إلا بهدم بابها ، فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما اذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها ، فانه لا يرجع فى النقص لأن النقص كان فى ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه فى العين ، فلهذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء

وإن قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أرش النقص ، لانهم فعلوا ذلك فى أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه ، فأما ان امتنع المفلس والغرماء من القلع فلهم ذلك ولا يجبرون عليه لانه غرس بحق . ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » أنه إذا لم يكن ظالما فله حق ، فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له الكل أو قال أنا أقلع وأضمن ما نقص

فان قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك ، لان البناء والغراس حصل فى ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الارض وفيها غراس وبناء للمشترى . والمعير إذا رجع فى أرضه بعد غرس المستعير ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك ، لأن بناء المفلس وغرسه فى

ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع فى الأرض ، فأما إن امتنع البائع من بذل ذلك سقط حق الرجوع . وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

وقال القاضى : يحتمل أن له الرجوع ؛ وهو القول الثانى للشافعى ، لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشترى على وجه التبع فلم يمنعه ذلك الرجوع ، كالثوب إذا صبغه المشترى .

ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر فى البناء والمسامير فى الباب ، ولأن فى ذلك ضرراً على المشترى والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر ، ولأنه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشىء ، وأما الثوب إذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع فهو كمسألتنا ، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين .

أحدهما أن الصبغ تفرق فى الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فإنه أعيان متميزة وأصل فى نفسه

والثانى أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض ، فإذا قلنا لا يرجع فلا كلام وإن قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعا لهما وأخذ كل واحد بقدر حقه وإن امتنع أحدهما من البيع احتمل أن يجبر عليه ، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشترى فان الثوب يباع لهما ، كذا ههنا ، ويحتمل أن لا يجبر لأنه أمكن طالب البيع أن يبيع ملكه مفرداً بخلاف الثوب المصبوغ ، فان بيعا لهما قسما الثمن على قدر القيمتين فتقوَّم الأرض غير ذات شجر ولا بناء ، ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الأرض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء . وإن قلنا لا يجبر الممتنع على البيع أو لم يطلب أحدهما البيع فاتفقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه ، وإن اختلفا كانت الأرض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الأرض لسقى الشجر وأخذ الثمرة ، وليس لهم دخولها للتفرج ولغير حاجة ، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لأن الأرض له وملكه ، وإن باعوا الشجر والبناء لإنسان فحكمه فى ذلك حكمهم ؛ ولو بذل المفلس والغرماء أو المشترى منهم قيمة الأرض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه ذلك .

لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف ما فيها من الغرس والبناء .

(فصل) إذا اشترى غراساً فغرسه فى أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لأنه أدرك متاعه بعينه ، وإذا أخـــذه فعليه تسوية الأرض وأرش نقصها الحاصل بقلعه ، لأنه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره ، وإن بذل المفلس والغرماء له قيمته ليملكوه بذلك لم يجبر على قبولها ، لأنه إذا اختار أخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشترى إذا غرس فى الارض المشفوعة ، وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلهم ذلك : وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لان المفلس إنما ابتاعه مقلوعا فلم يجب عليه ابقاؤه فى أرضه

وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص ، لأنه غرس بحق فأشبه غرس المفلس فى الارض التى ابتاعها اذا رجع بائعها فيها ، والفرق بينهما ظاهر ، فان ابقاء الغراس فى هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله ، وفى التى قبلها ابقاؤه حق له فوجب له بغراسه فى ملكه ، فإن اختار بعضهم القلع وبعضهم التبقية قدم قول من طلب القلع ، سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء ، لأن الإبقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع منه الإجابة اليه . وان زاد الغراس فى الارض فهى زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقى ولا تمنعه على رواية الميمونى .

(فصـــل)

وان اشترى أرضا من رجل وغراسا من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع فى عين ماله ، ولصاحب الارض قلع الغراس من غير ضمان نقصه بالقلع على ما ذكرنا ، لأن البائع انما باعه مقلوعا فلا يستحقه الا كذلك ، وان أراد بائعه قلعه من الارض فقلعه فعليه تسوية الحفر وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، وان بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبها لتملكها لم يجبر على ذلك ، لأن الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعا ، وان بذل صاحب الارض قيمة الغراس ليملكه اذا امتنع من القلع ، فله ذلك ؛ لأن غرسه حصل فى ملك غيره بحق ، فأشبه غرس المفلس فى أرض البائع ،

ويحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه لا يجبر على إبقائه اذا امتنع من دفع قيمته ، أو أرش نقصه ، فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة ، بخلاف التى قبلها . والاول أولى ، وهذا ينتقض بغرس الغاصب

(فصل) الشرط الثالث أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئا: فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع . وبهذا قال اسحق والشافعى فى القديم .

وقال فى الجديد : له أن يرجع فى قدر ما بقى من الثمن ، لأنه سبب ترجع به العين كلها الى العاقد ، فجاز أن يرجع به بعضها ، كالفرقة قبل الدخول فى النكاح . وقال مالك هو مخير ان شاء رد ما قبضه ورجع فى جميع العين ، وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع .

ولنا ما روى أبو بكر ابن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله (ص) قال « أيما رجل باع سلعة ، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهى له ، وان كان قد قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء » رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطنى . ولأن فى الرجوع فى قسط مابقى تبعيضا للصفقة على المشترى واضراراً به ، وليس ذلك للبائع

فان قيل لا ضرر عليه فى ذلك لأن ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر قلنا لا يندفع الضرر بالبيع ، فان قيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقصا فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ، ولانه سبب يفسخ به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عينا واحداً أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى

فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي (ص) مرسلا ولا حجة فى المراسيل ، قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهرى عن أبى بكر ابن عبد الرحمن عن أبى هريرة ، كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطنى فى سننهم متصلا فلا يضر ارسال من أرسله ، فإن راوى المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها ، وعلى أن المرسل حجة فلا يضر ارساله

(فصل) الشرط الرابع : أن لا يكون تعلق بها حق الغير . فإن رهنها المشترى ثم أفلس أو وهبها ، لم يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها ، ولأن فى الرجوع إضرارا بالمرتهن ، ولا يزال الضرر بالضرر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» وهذا لم يجده عند المفلس . ولا نعلم فى هذا خلافا ، فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضى منه دين المرتهن والباقى يرد على سائر مال المفلس ويشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضه فباقيه بينهم يباع لهم أيضا ولا يرجع به البائع . قال القاضى : له الرجوع به ، وهو مذهب الشافعى لانه عين ماله لم يتعلق به حق غيره

ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه ، كما لو كان الدين مستغرقا له ، وما ذكره القاضى لا يخرج على المذهب ، لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع ؛ فكذلك ذهاب بعضه بالبيع ، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع فى باقيه لما ذكرنا ، وان كان المبيع عينين فرهن احداهما ، فهل يملك البائع الرجوع فى الاخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما اذا تلفت احدى العينين ، وان فك الرهن قبل فلس المشترى أو أبرأ من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك متاعه بعينه عند المشترى ، وان أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشترى من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضا كذلك

(فصل)

وان كان عبداً فأفلس المشترى بعد تعلق أرش الجناية برقبته ، ففيه وجهان :

أحدهما ليس للبائع الرجوع ، لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن لا يرجع . ذكره أبو الخطاب

والثانى لا يمنع الرجوع فيه لانه حق لا يمنع تصرف المشترى فيه ، فلم يمنع الرجوع كالدين فى ذمته ، وفارق الرهن ، فانه يمنع تصرف المشترى فيه ، فان قلنا لا يرجع فحكمه حكم الرهن . وان قلنا له الرجوع فهو مخير ان شاء رجع فيه ناقصا بأرش الجناية وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء ، وان أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه لانه وجد متاعه بعينه خاليا من تعلق حق غيره به

فصل

وان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو عتق أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس ، سواء كان المشترى يمكنه استرجاعه بخيار له أو عيب فى ثمنه ، أو رجوعه فى هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا ، وخروج بعضه كخروج جميعه لما تقدم ، فإن أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدهما : له الرجوع للخبر ، ولأنه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره ، أشبه ما لو لم يبعه .

والثانى لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه . ذكر أصحابنا هذين الوجهين ، ولأصحاب الشافعى مثل ذلك

والثالث : ان عاد اليه بسبب جديد ، كبيع أو هبة أو ارث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع ، لانه لم يصر اليه من جهته ، وان عاد اليه بفسخ كالإقالة والرد بعيب أو خيار ونحو ذلك فللبائع الرجوع ، لان هذا الملك استند الى السبب الاول ، فإن فسخ العقد الثانى لا يقتضى ثبوت الملك ، وانما أزال السبب المزيل لملك البائع ، فثبت الملك بالسبب الاول ، فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه .

(فصل) وان كان المبيع شقصا مشفوعا ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : البائع أحق به ؛ هذا قول ابن حامد للخبر ، ولأنه اذا رجع فيه عاد الشقص اليه فزال الضرر عن الشفيع ، لانه عاد كما كان قبل البيع ؛ ولم تتجدد شركة غيره .

والثانى أن الشفيع أحق . ذكره أبو الخطاب ، لان حقه أسبق فكان أولى ، بيانه أن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ، ولان حقه آكد لانه يستحق انتزاع الشقص من المشترى وممن نقله اليه ، وحق البائع انما يتعلق بالعين ، ما دامت فى يد المشترى ، ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع ، بدليل ما لو باعه المشترى لبائعه أو وهبه اياه أو أقاله لم يسقط حق الشفيع ، ولان البائع انما يستحق الرجوع فى عين لم يتعلق بها حق الغير ، وهذه قد تعلق بها حق الشفيع

الوجه الثالث : ان الشفيع إن كان طالب بالشفعة ، فهو أحق لأن حقه تأكد هنا بالمطالبة ، وإن كان لم يطالب بها فالبائع أولى ، ولأصحاب الشافعى وجهان كالأولين ، ولهم وجه ثالث : أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين ، فإن غرض الشفيع فى عين الشقص المشفوع ، وغرض البائع فى ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيداً لأن حق البائع إنما ثبت فى العين ، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه .

(فصل) وإن كان المبيع صيدا فأفلس المشترى والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تملك للصيد فلم يجز مع الاحرام كشراء الصيد ، وإن كان البائع حلالا فى الحرم والصيد فى الحل فأفلس المشترى فللبائع الرجوع فيه ، لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذى فيه ، وهذا ليس من صيده فلا يحرم . ولو أفلس المحرم وفى ملكه صيد ، بائعه حلال ، فله أخذه لأن المانع غير موجود فى حقه .

فصل

وإذا أفلس وفى يده عين مال دين بائعها مؤجل وقلنا : لا يحل الدين بالفلس ، فقال أحمد فى رواية الحسن بن ثواب : يكون ماله موقوفاً إلى أن يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، والمنصوص عن الشافعى أنه يباع فى الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللأول الخبر ولأن حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره وإن كان مؤجلا كالمرتهن والمجنى عليه .

(فصل) قال أحمد فى رجل ابتاع طعاماً نسيئة ونظر إليه وقلبه وقال اقبضه غدا فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشترى ويتبعه الغرماء فى الثمن وإن كان رخيصا وكذلك قال الثورى وإسحاق : لان الملك ثبت للمشترى فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه .

الشرط الخامس : أن يكون المفلس حيا ويأتى شرح ذلك فى آخر الباب إن شاء الله تعالى .

(فصل) ورجوع البائع فى المبيع فسخ البيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره فلو رجع فى المبيع الغائب بعد مضى مدة يتغير

فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه ، وإن رجع فى العبد بعد إباقه أو الجمل بعد شروده أو الفرس العائر صح وصار ذلك له فإن قدر عليه أخذه وإن ذهب كان من ماله ، وان تبين أنه كان تالفا حين استرجاعه لم يصح استرجاعه ، وكان له أن يضرب مع الغرماء فى الموجود من ماله ، وان رجع فى المبيع واشتبه بغيره فقال البائع : هذا هو المبيع وقال المفلس : بل هذا فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والاصل معه .

« مسألة » قال ﴿ ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا ﴾

وجملة ذلك : أن المفلس فى الدعوى كغيره فاذا ادعى حقا له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء ، وان امتنع لم يجبر لاننا لا نعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج الى يمين معه فلا يجبر على الحلف على ما لا يعلم صدقه كغيره فان قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعى فى الجديد وقال فى القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثه يحلفون على مال موروثهم .

ولنا أنهم يثبتون ملكا لغيرهم لتتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لإثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فان المال انتقل اليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكا لأنفسهم .

« مسألة » قال ﴿ واذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك فى الدين الذى على الميت اذا وثق الورثة ﴾

وجملته أن الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة ، قاله القاضى وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعى كالمذهبين واحتجوا بأن الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت .

ولنا أن الاجل حق المفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ولانه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاغماء . ولانه دين مؤجل على حى فلم يحل قبل أجله كغير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمسألتنا وان

سلمنا فالفرق بينهما أن ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس ، إذا ثبت هذا : فإنه إذا حجر على المفلس فقال أصحابنا : لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالة ويبقى المؤجل فى الذمة الى وقت حلوله ، فإن لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته ، وان أدرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم ؛ وان قلنا : ان الدين يحل فإنه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من أرباب الديون الحالة ، فأما ان مات وعليه ديون مؤجله فهل تحل بالموت فيه روايتان :

احداهما : لا تحل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن واسحاق وأبى عبيد ، وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد بن إبراهيم الدين الى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن .

والرواية الأخرى : أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبي والنخعى وسوار ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، لأنه لا يخلو إما أن يبقى فى ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال ، لا يجوز بقاؤه فى ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين بذممهم وهى مختلفة متباينة ؛ ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه ، أما الميت فلأن النبى (ص) قال « الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه » وأما صاحبه فيتأخر حقه وقد تتلف العين فيسقط حقه ؛ وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وان حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا فى المفلس ولأن الموت ما جعل مبطلا للحقوق وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة ، وقد قال النبى (ص) « من ترك حقا أو مالا فلورثته » وما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المرسله ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ولا خلاف فى فساد هذا ، فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه ، فإن أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون فى المال لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم

أو يوثقوا الحق بضمين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه فإنهم قد لا يكونوا أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدى الى فوات الحق .

وذكر القاضى : أن الحق ينتقل الى ذمم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ولا ينبغى أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت موروثهم للزمهم ، وان لم يخلف وفاء ، وان قلنا : ان الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلهم ذلك ، وان قضوا منها فلهم ذلك ، وان امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضى به الدين ، وان مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال .

وقلنا : المؤجل يحل بالموت تساووا فى التركة فاقتسموها على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل بالموت نظرنا فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى الى إسقاط دينه بالكلية .

(فصل) حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة ؟ روايتين :

(إحداهما لا يمنعه للخبر ، ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك فى حق الجانى والراهن والمفلس فلم يمنع نقله فإن تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجانى أو النصاب الذى وجبت فيه الزكاة .

(والرواية الثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (٤ : ١١ من بعد وصية يوصى بها أو دين) فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلهما ، فعلى هذا : لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لأنهم تصرفوا فى غير ملكهم الا أن يأذن الغرماء لهم وان تصرف الغرماء لم يصح الا بإذن الورثة .

« مسألة » قال ﴿ وكل ما فعله المفلس فى ماله قبل أن يقفه الحاكم فجائز ﴾

يعنى قبل أن يحجر عليه الحاكم فنبدأ بذكر سبب الحجر فنقول : إذا رفع الى الحاكم رجل عليه دين فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لم يجبهم حتى تثبت ديونهم

باعترافه أو ببينة ، فإذا ثبتت نظر فى ماله فان كان وافياً بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه فان أبى حبسه فان لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وان احتاج الى بيع ماله فى قضاء دينه باعه وان كان ماله دون دينه وديونه مؤجله لم يحجر عليه لأنه لاتستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها ، وان كان بعضها مؤجلا وبعضها حالا وماله يفى بالحال لم يحجر عليه أيضاً كذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى : ان ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بإزاء دينه ولا نفقة له الا من ماله ففيه وجهان :

أحدهما : يحجر عليه ، لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً ، ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس ، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم فى الحال فلا حاجة الى الحجر ، وأما ان كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها فسأل غرماؤه الحجر عليه لزمته إجابتهم ، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لأنه لا ولاية له فى ذلك وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به : وان اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض أجيب من طلب لأنه حق له . وبهذا قال مالك والشافعى

وقال أبو حنيفة : ليس للحاكم الحجر عليه فاذا أدى اجتهاده الى الحجر عليه ثبت لانه فصل مجتهد فيه ، وليس له التصرف فى ماله لأنه لا ولاية عليه الا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الايفاء بدونه فان امتنع لم يبعه ، وكذلك ان امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله وانما يحبسه ليبيع بنفسه الا أن يكون عليه أحد النقدين وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم ، لانه رشيد لا ولاية عليه فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير اذنه كالذى لادين عليه وخالفه صاحباه فى ذلك .

ولنا ما روى كعب بن مالك « أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله فى دينه » رواه الخلال باسناده، وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه خطب الناس وقال : ألا ان أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج فادان معرضا فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غداً فانا بائعوا ماله وقاسموه بين غرمائه . ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله

بغير رضاه كالصغير والسفيه ولأنه نوع مال فجاز بيعه فى قضاء دينه كالأثمان ، وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير ، إذا ثبت هذا : عدنا الى مسألة الكتاب فنقول : ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ : وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ولا نعلم أحداً خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ، ولأن سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ولأنه من أهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبه الملىء وان أكرى جملا بعينه أو داراً لم تنفسخ اجارته بالفلس وكان المكترى أحق به حتى تنقضى مدته .

فصل

ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه فى شىء من ماله فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح ، وبهذا قال مالك والشافعى فى قول ، وقال فى آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقى من ماله وفاء الغرماء نفذ والا بطل .

ولنا : أنه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة ، فأما ان تصرف فى ذمته فاشترى أو اقترض أو تكفل صح تصرفه ، لأنه أهل للتصرف ، وانما وجد فى حقه الحجر ؛ والحجر انما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك اذ علموا أنه مفلس وعاملوه ومن لم يعلم فقد فرط فى ذلك فان هذا فى مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وان أقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثورى والشافعى فى قول ، وقال فى الآخر يشاركهم واختاره ابن المنذر ، لأنه دين ثابت مضاف الى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة .

ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن ، ولانه اقرار يبطل ثبوته حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار على الغرماء فلم يقبل كاقرار الراهن ، ولأنه متهم فى اقراره فهو كالاقرار على غيره ،

وفارق البينة فانه لا تهمة فى حقها ، ولو كان المفلس صانعاً كالقصار والحائك فى يديه متاع فاقر به لاربابه لم يقبل اقراره ، والقول فيها كالتى قبلها وتباع العين التى فى يديه وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها ، لانها صرفت فى دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن فى ذلك ، وان توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضى عليه فحكمه حكم اقراره يلزم فى حقه ولا يحاص الغرماء .

(فصل) وان أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح ؟ على روايتين :

احداهما . يصح وينفذ وهو قول أبى يوسف واسحاق لأنه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر ويفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليبا وسراية ولهذا يسرى الى ملك الغير ويسرى واقفه بخلاف غيره .

والرواية الأخرى : لا ينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن أبى ليلى والثورى والشافعى واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذى يستغرق دينه ماله ، ولان المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالسفيه وفارق المطلق ، وأما سرايته الى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه الا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظا له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى .

(فصل) ويستحب اظهار الحجر عليه لتجتنب معاملته كيلا يستضر الناس بضياع أموالهم عليه والاشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج الى ابتداء حجر ثان .

﴿ فصـــل ﴾

وان ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه فأشبه ما لو قامت البينة به قبل الحجر ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالا شارك المجنى عليه الغرماء لأن حق المجنى عليه ثبت بغير اختياره ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها الى مال أو صالحه المفلس على مال شارك الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو أوجبت المال .

فإن قيل : ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا : لأن الحق فى العبد الجانى تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا

(فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء بقسطه ، وبهذا قال الشافعى وحكى ذلك عن مالك وحكى عنه لا يحاصهم لأنه نقض لحكم الحاكم ، ولنا أنه غريم لو كان حاضراً قاسمهم فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله . وليس قسم الحاكم ماله حكما إنما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبه مالو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر أو قسم أرضا بين شركاء ثم ظهر شريك آخر أو قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواه أو وصية ثم ظهر موصى له آخر .

(فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة وسقط من الأجرة بقدر ذلك ، ثم إن وجد عين ماله أخذ بقدر ذلك وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره ، وان كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته ، لان سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركهم اذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشترى عيبا فردها به أو ردها بخيار أو اختلاف فى الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها ، لان البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشترى عن المبيع ، وان كان بعد تصرفه فيه شارك المشترى الغرماء

« مسألة » قال ﴿ وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه ﴾

وجملة ذلك أنه إذا حجر على المفلس وكان ذا كسب يفى بنفقته ونفقة من تلزمه نفقته ، فنفقته فى كسبه فإنه لا حاجة إلى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يجز أخذ ماله كالزيادة على النفقة ، وان كان كسبه دون نفقته كملناها من ماله ، وان لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر وان طالت ، لأن ملكه باق . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم أن فيمن يعوله من

تجب نفقته عليه ويكون دينا عليه وهى الزوجة . فإذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ، ولأن الحى آكد حرمة من الميت لأنه مضمون بالإتلاف وتقديم تجهيز الميت ومؤنة دفنه على دينه ، متفق عليه ، فنفقته أولى ، وتقدم أيضا نفقة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن تجب نفقتهم لأنهم يجرون مجرى نفسه ، لان ذوى رحمه منهم يعتقون إذا ملكهم كما يعتق إذا ملك نفسه ، فكانت نفقتهم كنفقته

وكذلك زوجته تقدم نفقتها لأن نفقتها آكد من نفقة الاقارب لانها تجب من طريق المعاوضة وفيها معنى الاحياء كما فى الاقارب .

وممن أوجب الإنفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من ماله أبو حنيفة ومالك والشافعى ولا نعلم أحداً خالفهم ، وتجب كسوتهم أيضا لان ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه ، والواجب من النفقة والكسوة أدنى ماينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسى مثله إن كان من جنس الطعام أو متوسطه . وكذلك كسوته من جنس ما يكتسيه مثله وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفترض على مثله وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه . إما عمامة أو قلنسوة أو غيرهما مما جرت به عادته ولرجله حذاء ان كان يعتاده ، وان احتاج الى جبة أو فروة لدفع البرد دفع اليه ذلك ، وان كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشترى له كسوة مثلها ورد الفضل على الغرماء ، فإن كانت اذا بيعت واشترى له كسوة لا يفضل منها شيء تركت فإنه لا فائدة فى بيعها

{ فصل }

وان مات المفلس كفن من ماله لأن نفقته كانت واجبة من ماله فى حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره ، وكذلك يجب كفن من يمونه لانهم بمنزلته ولا يلزم تكفين الزوجة ، لان النفقة تجب فى مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت فسقطت النفقة ، ويفارق الاقارب لان قرابتهم باقية ، وان مات من عبيده أحد وجب تكفينه وتجهيزه لان نفقته ليست فى مقابلة الانتفاع به ، ولذلك تجب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم ، ويكفن فى ثلاثة أثواب كما كان يلبس فى حياته ثلاثة ويحتمل أن يكفن فى ثوب واحد يستره ، لان ذلك يكفيه فلا حاجة الى الزيادة ،

وفارق حالة الحياة لانه لابد له من تغطية رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت ويمتد الإنفاق على المفلس الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يزول ملكه الا بذلك . ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا

« مسألة » قال ولا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها)

وجملته أن المفلس اذا حجر عليه باع الحاكم ماله ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة : أحـــدها ليحصي ثمنه ويضبطه . الثاني أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فإذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره . الثالث أن تكثر الرغبة فيه ، فإن شراءه من صاحبه أحب الى المشتري : الرابع أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه ، ويستحب احضار الغرماء أيضا لامور أربعة . أحدها أنه يباع لهم . الثاني أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس . الثالث أنه أطيب لقلوبهم وأبعد من التهمة . الرابع أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها ، فإن لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز ، لان ذلك موكول اليه ومفوض الى اجتهاده ، وربما أداه اجتهاده الى خلاف ذلك وبانت له المصلحة في المبادرة الى البيع قبل احضارهم ، ويأمرهم الحاكم أن يقيموا منادياً ينادي لهم على المتاع ، فان تراضوا برجل ثقة أمضاه الحاكم ، وان اتفقوا على غير ثقة رده .

فإن قيل فلم يرده وأصحاب الحق قد اتفقوا عليه ، فأشبه ما لو اتفق الراهن والمرتهن على أن يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا لان للحاكم ههنا نظراً واجتهاداً ، فانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به ، فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فانه لا نظر للحاكم فيه .

فإن اختار المفلس رجلا واختار الغرماء آخر أقر الحاكم الثقة منهما ، فان كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لانه أوفر ، فان كانا متطوعين ضم أحدهما الى الآخر ، وان كانا بجعل قدم أعرفهما وأوثقهما ، فان تساويا قدم من يرى منهما ، فان وجد متطوعا بالنداء والا دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه . وقيل يدفع من بيت المـال لانه من المصالح ، وكذلك الحكم في

أجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه البز في البزازين ، والكتب في سوقها ونحو ذلك لأنه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة قيمته فإن باع في غير سوقه بثمن مثله جاز لأن الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد إلى أن ذلك أصلح ولذلك لو قال بع ثوبي في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في سوق آخر جاز ، ويبيع بنقد البلد لأنه أوفر ، فإن كان في البلد نقود باع بغالبها ، فإن تساوت باع بجنس الدين ، وإن زاد في السلعة زائد في مدة الخيار لزم الأمين الفسخ ، لأنه أمكنه بيعه بثمن فلم يجز بيعه بدونه ، كما لو زيد فيه قبل العقد ، وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشتري الإقالة ، واستحب للمشتري الإجابة الى ذلك لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجاني فيدفع الى المجني عليه أقل الأمرين من ثمنه أو أرش جنايته ، وما فضل منه رده الى الغرماء ، ثم ببيع الرهن فيدفع الى المرتهن قدر دينه ومافضل من ثمنه رده الى الغرماء ، وان بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء ثم يبيع مايسرع اليه الفساد من الطعام الرطب لأن بقاءه يتلفه بيقين ثم ببيع الحيوان لأنه معرض للتلف ويحتاج إلى مؤنة في بقائه ، ثم ببيع السلع والأثاث لأنه يخاف عليه وتناله الأيدي ثم العقار آخراً لأنه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه ومتى باع شيئا من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه اليه لأنه لا حاجة إلى تأخيره ، وإن كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر ، وإن لم يمكن قسمته أودع عند ثقة إلى أن يجتمع ويمكن قسمته فيقسم ، وان احتاج في حفظه الى غرامة دفع ذلك الى من يحفظه ، اذا ثبت هذا عدنا الى مسـألة الكتاب فنقول : لا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها . وبهذا قال أبو حنيفة واسحاق

وقال شريح ومالك والشافعي . تباع ويكترى له بدلها ، واختاره ابن المنذر لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه « خذوا ما وجدتم » وهذا مما وجدوه ، ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله .

ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضية في عين ، ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي صلى الله

عليه وسلم قال « خذوا ما وجدتم » مما تصدق به عليه . فإن المذكور قبل ذلك كذلك . روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تصدقوا عليه . فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذوا ماوجدتم » أى مما تصدق به عليه . والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع . وقياسهم منتقض بذلك أيضاً وبأجر المسكن ، وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسألتنا .

(فصل) وإن كان له داران يستغنى بسكنى إحداهما بيعت الأخرى لأن به غنى عن سكناها وإن كان مسكنه واسعا لا يسكن مثله فى مثله بيع واشترى له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالثياب التى له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغنى عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلهم أخذها بالشرائط التى ذكرناها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببا من المفلس ، ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشترى كما قبل القبض وكالعيب والخيار ، ولان منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل بأن يجىء من لا مال له فيشترى فى ذمته ثيابا يلبسها وداراً يسكنها وخادما يخدمه وفرسا يركبها وطعاما له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغنى هو بها ، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شىء منه لانه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه ، كما لو كانت فى أيديهم أو أخذها منهم غصبا

(فصـــل)

ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفســه أو يتوكل لإنسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يترك له من ماله شىء ، وان لم يقدر على شىء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه

قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية أبى داود : ويترك له قوت يتقوت به

وان كان له عيال ترك له قوام . وقال فى رواية الميمونى : يترك له قدر مايقوم به معاشه ويباع الباقى ، وهذا فى حق الشيخ الكبير وذوى الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغى أن يجعل ذلك مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه ، لان من تعلق حقه بالعين أقوى سببا من غيره

(فصل) واذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس . وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : العروض من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء . وقال المغيرة . الدنانير من مال أصحاب الدنانير ، والدراهم من مال أصحاب الدراهم

ولنا أنه من مال المفلس ونماؤه له ، فكان تلفه فى ماله كالعروض

(فصـــل) واذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه ، فإن كانت ديونهم من جنس الاثمان أخذوها ، وان كان فيهم من دينه من غير جنس الاثمان كالقرض بغير الاثمان فرضى أن يأخذ عوض حقه من الاثمان جاز ، وان امتنع وطلب جنس حقه ابتيع له بحصته من جنس دينه ، ولو أراد الغريم الاخـــذ من المال المجموع وقال المفلس لاأوفيك الا من جنس دينك قدم قوله ، لان هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز الا بتراضيهما عليه ، وان كان فيهم من له دين من سلم لم يجز أن يأخذ الا من جنس حقه ، وان تراضيا على دفع عوضه لان ما فى الذمة من السلم لا يجوز أخذ البدل عنه لقوله (ص) « من أسلم فى شيء فلا يصرفه الى غيره »

(فصل) واذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة فهل يجبره الحاكم على ايجار نفسه ليقضى دينه ؟ على روايتين

احداهما لا يجبره ، وهو قول مالك والشافعى ، لقول الله تعالى (٢ ، ٢٨٠ وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولما روى أبو سعيد « أن رجلا أصيب فى ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال النبى (ص) تصدقوا عليه ، فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال النبى (ص) : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » رواه مسلم ، ولأن هذا تكسب للمال فلم يجبره عليه ، كقبول الهبة والصدقة ، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر

والثانية : يجبر على الكسب ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار والعنبرى، وإسحاق ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ، باع سرقا فى دينه ، وكان سرق رجلا دخل المدينة ، وذكر أن وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقا وباعه بخمسة أبعرة ، والحر لا يباع ، ثبت أنه باع منافعه ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان فى صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك فى وفاء الدين منها ، ولأن الاجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله فى وفاء الدين منها ؛ ولأنها إجارة لما يملك إجارته فيجبر عليها فى وفاء دينه ، كإجارة أم ولده ولأنه قادر على وفاء دينه فلزمه ، كالك ما يقدر على الوفاء منه .

فإن قيل : حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لا يباع والبيع وقع على رقبته بدليل أن فى الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه : ما تصنع به ؟ قال أعتقه ، قالوا : لسنا بأزهد منك فى إعتاقه فأعتقوه .

قلنا : هذا إثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً فى شريعتنا ، وحمل لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فإن حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه سائغ كثير فى القرآن وفى كلام العرب كقوله وأشربوا فى قلوبهم العجل) (ولكن البر من آمن بالله) (واسأل القرية) وغير ذلك .

وكذلك قوله أعتقه ، أى من حق عليه ، وكذلك قال : فأعتقوه ، يعنى الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذى عليه ، وأما قوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيتوجه منع كونه داخلا تحت عمومها ، فإن هذا فى حكم الأغنياء فى حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا فى مثلها ، ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته ، وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منة ومعرة تأباها قلوب ذوى المروءات بخلاف مسألتنا .

اذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب الا من فى كسبه فضلة عن نفقته ونفقة من يمونه على ما تقدم ذكره .

(فصـــل)

ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض ، ولا تجبر المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لأن فى ذلك ضرراً للحوق المنة فى الهـــدية والصدقة والوصيه والعوض فى القرض وملك الزوج للمرأة فى النـكاح ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ، ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والامضاء لأن الفلس يمنعه من إحداث عقد أما من إمضائه وتنفيذ عقوده فلا : وان جنى على المفلس جناية توجب المال ثبت المـــال ، وتعلقت حقوق الغرماء به ، ولا يصح منه العفو عنه ، وان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ، ولا يجبر على العفو على مال ، لأن ذلك يفوت القصاص الذى يجب لمصلحته فإن اقتص لم يجب للغرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ، وان عفا مطلقاً انبنى على الروايتين ، فى موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القصاص .

وان قلنا : أحد أمرين ثبتت له الدية ، وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وان عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضاً ، فإن قلنا . القصاص عيناً لم يثبت شيء ، وان قلنا : أحد الأمرين ، تثبت الدية ولم يصح اسقاطه ، لأن عفوه عن القصاص يثبت له الدية ، ولا يصح اســقاطها ، وان وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب ، لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه : لأنه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب ؛ فلزمه قبوله كالثمن فى البيع ، وليس له اسقاط شيء من ثمن مبيع أو أجرة فى اجارة ولا قبضه رديئاً ولا قبض المســلم فيه دون صفاته الا باذن غرمائه ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا .

(فصل) اذا فرق مال المفلس فهل ينفك عنه الحجر بذلك ، أو يحتاج الى فك الحجر عنه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يزول بقسمة ماله لأنه حجر عليه لأجله ، فإذا زال ملـكه عنه زال سبب الحجر ، فزال الحجر كزوال حجر المجنون ، لزوال جنونه .

والثانى : لا يزول الا بحكم الحاكم ، لأنه ثبت بحـكمه ، فلا يزول الا بحكمه

كالمحجور عليه لسفه ، وفارق الجنون ، فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله ، ولأن فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبحث ، فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون .

(فصل) ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فإذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول دخلوا معه والامنعوه من الدخول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لصاحب الحق اليد واللسان » .

ولنا أن من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلا وقول الله تعالى (فنظرة الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل ، والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » رواه مسلم والترمذي وان فك الحجر عنه لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته حتى يملك مالا فإن جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالا لم يلتفت الى قولهم حتى يثبتوا سببه فإن جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالا أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر وبينوا سببه أحضره الحاكم وسأله ، فان أنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء .

وان أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم فان صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم ، لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس ، وان قال ماهو لي عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لي ، فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك .

وان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا في الحاضر ومتى أعيد الحجر عليه لديون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني ، الا أن الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : لا يدخل غرماء الحجر الأول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا ، الا أن تكون له فائدة من ميراث أو يجنى عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه .

ولنا أنهم تساووا فى ثبوت حقوقهم فى ذمته فتساووا فى الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم فى حجر واحد وكتساويهم فى الميراث وأرش الجناية ولأن مكسبه مال له فتساووا فيه كالميراث .

« مسألة » قال ﴿ ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس الى أن يأتى ببينة تشهد بعسرته ﴾

وجملته : أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فإن كان فى يده مال ظاهر أمره بالقضاء فإن ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه فى الفصل الذى قبل هذا وان لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذى كثر دينه « خذوا ماوجدتم وليس لكم إلا ذلك» ولأن الحبس إما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضاء دينه . وعسرته ثابتة والقضاء متعذر ، فلا فائدة فى الحبس ، وان كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا ، فالقول قول غريمه مع يمينه ، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره .

قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس فى الدين . منهم مالك والشافعى وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن ، وروى عن شريح والشعبى وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن جعفر والليث بن سعد .

ولنا أن الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فإن شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لأن التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم ، وان طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب اليه لأن ذلك تكذيب للبينة وان شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفى بشهادتها وثبتت عسرته ، وان لم تشهد بعسرته ، وإنما شهدت بالتلف لا غير وطلب الغريم يمينه على عسره وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لأنه غير

ما شهدت به البينة ، وان لم تشهد بالتلف ، وإنما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة إلا من ذى خبرة باطنة ومعرفة متقادمة لان هذا من الامور الباطنة لا يطلع عليه فى الغالب الا أهل الخبرة والمخالطة ، وهذا مذهب الشافعى ، وحكى عن مالك أنه قال : لا تسمع البينة على الاعسار لأنها شهادة على النفى فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه .

ولنا ما روى قبيصة بن المخارق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له « يا قبيصة إن المسألة لاتحل الا لاحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك : ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش — أو قال سداداً من عيش — ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجى من قومه : لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو قال : سداداً من عيش » رواه مسلم وأبو داود .

وقولهم : ان الشهادة على النفى لا تقبل قلنا : لا ترد مطلقاً فإنه لو شهدت البينة أن هذا وارث الميت لا وارث له سواه قبلت ، ولأن هذه وان كانت تتضمن النفى فهى تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخـــلاف ما إذا شهدت أنه لا حق له فان هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها الى معرفته به بخلاف مسألتنا ، وتسمع البينة فى الحال ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة لا تسمع فى الحال ويحبس شهراً ، وروى ثلاثة أشهر وروى أربعة أشهر حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لاظهره ، ولنا أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها فى الحال كسائر البينات ، وما ذكروه لو كان صحيحاً لأغنى عن البينة ، فان قال الغريم : أحلفوه لى مع يمينه أنه لا مال له لم يستحلف فى ظاهر كلام أحمد ، لانه قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم فى رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه ، لا يستحلف لأن ظاهر الحديث « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

قال القاضى : سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار ، وهذا أحد قولى الشافعى لأنها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره . ويحتمل أن يستحلف

وهذا القول الثانى للشافعى لأنه يحتمل أن له مالا خفى على البينة ، ويصح عندى إلزامه اليمين على الإعسار فيما إذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما إذا شهدت بالإعسار لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى أن له مالا سواه أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى أن له مالا سواه لزمته اليمين ، فكذلك إذا قامت به البينة فإنها لا تزيد على الإقرار ، وإن كان الحق يثبت عليه فى غير مقابلة مال أخذه كأرش جناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كان امرأة ، وإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلى سبيله ولم يحبس . وهذا قول الشافعى وابن المنذر، فإن شهدت البينة بإعساره قبلت ولم يستحلف معها لما تقدم ، وان شهدت أنه كان له مال فتلف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه . وكذلك لو أقر له به غريمه ، وإنما اكتفينا بيمينه لأن الأصل عدم المال ، لما روى أن النبي (ص قال لحبة وسواء ابنى خلد بن سواء « لا تيئسا من الرزق ما اهتزت رءوسكما ، فإن ابن آدم يخلق وليس له إلا قشرتاه ثم يرزقه الله تعالى »

قال ابن المنذر : الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والأصل عدم ماله ، بخلاف المسألة الأولى ، فإن الأصل ثبوت ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه . والخرقى لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق

فصل

اذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والإغلاظ له بالقول فيقول : يا ظالم يا متعدى ونحو ذلك ، لقول رسول الله (ص) « لىّ الواجد يحل عقوبته وعرضه » فعقوبته حبسه وعرضه أى يحل القول فى عرضه بالاغلاظ ، وقال النبي (ص) « مطل الغنى ظلم » وقال « ان لصاحب الحق مقالا »

« مسألة » قال (واذا مات فتبين أنه كان مفلسا لم يكن لأحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله)

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس وهو أن يكون

حياً فإن مات فالبائع أسوة الغرماء ، سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه . وبهذا قال مالك وإسحاق . وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين ، لما روى ابن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال « أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال أبو هريرة : هذا الذي قضى فيه رسول الله (ص) : أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه » رواه أبو داود وابن ماجه ، واحتجوا بعموم قوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل أو انسان قد أفلس فهو أحق به » ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فسخه لتعذر العوض ، كما لو تعذر المسلم فيه ، ولأن الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب .

ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن النبي (ص) في حديث المفلس « فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود . وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله (ص) « أيما امرىء مات وعنده مال امرىء بعينه اقتضى من ثمنه شيئا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه ، ولأنه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة ، فأشبه المرهون ، وحديثهم مجهول الإسناد . قاله ابن المنذر . قال ابن عبد البر : يرويه أبو المعتمر عن الزرقي ، وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ، ثم هو غير معمول به اجماعا ، فإنه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه ؛ والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ما حكي عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها اذا مات المشتري وان خلف وفاء . وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله . وأما الحديث الآخر فنقول به ، وأن صاحب المتاع أحق به اذا وجده عند المفلس . وما وجده في مسألتنا عنده ، انما وجده عند ورثته فلا يتناوله الخبر ، وانما يدل بمفهومه على أنه لا يستحق الرجوع فيه ، ثم هو مطلق وحديثنا يقيده وفيه زيادة ، والزيادة من الثقة مقبولة ، وتفارق حالة الحياة حال الموت لأمرين :

أحدهما : ان الملك فى الحياة للمفلس وههنا لغيره

والثانى : ان ذمة المفلس خربت ههنا خراباً لا يعود ، فاختصاص هذا بالعين يستضر به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة

« مسألة » قال (ومن أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه)

وجملة ذلك أن من عليه الدين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا ، فإن كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر ، مثل أن يكون سفره إلى الحج لا يقدم إلا فى صفر ودينه يحل فى المحرم أو ذى الحجة فله منعه من السفر ، لأن عليه ضرراً فى تأخير حقه عن محله ، فإن أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهناً يفى بالدين عند المحل فله السفر ، لأن الضرر يزول بذلك .

وأما إن كان الدين لا يحل إلا بعد محل السفر ، مثل أن يكون محله فى ربيع وقدومه فى صفر ، نظرنا فإن كان سفره إلى الجهاد فله منعه إلا بضمين أو رهن ، لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وإن كان السفر لغير الجهاد فظاهر كلام الخرقى أنه ليس له منعه ، وهو أحد الروايتين عن أحمد ، لأن هذا السفر ليس بأمارة على منع الحق فى محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعى إلى الجمعة .

وقال الشافعى : ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلا بحال ، سواء كان الدين يحل قبل محل سفره أو بعده أو إلى الجهاد أو الى غيره لأنه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير .

ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين فى محله فملك منعه منه إن لم يوثقه بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق ، ولأنه لا يملك تأخير الدين عن محله ، وفى السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملكه كجحده

كتاب الحجر

الحجر فى اللغة المنع والتضييق ؛ ومنه سمى الحرام حجراً . قال الله تعالى (٢٥ . ٢٢ ويقولون حجراً محجوراً) أى حراما محرما ، ويسمى العقل حجرا ، قال الله تعالى (٨٩ : ٥ هل فى ذلك قسم لذى حجر) أى عقل ، سمى حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته ، وهو فى الشريعة منع الإنسان من التصرف فى ماله ، والحجر على ضربين . حجر على الإنسان لحق نفسه ، وحجر عليه لحق غيره ؛ فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه ، وعلى المريض فى التبرع بزيادة على الثلث ، أو التبرع بشىء لوارث لحق ورثته ، وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما والراهن يحجر عليه فى الرهن لحق المرتهن ، ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها .

وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة : الصبي والمجنون والسفيه . وهذا الباب مختص بهؤلاء الثلاثة ، والحجر عليهم حجر عام لأنهم يمنعون التصرف فى أموالهم وذممهم ، والأصل فى الحجر عليهم قول الله تعالى (٤، ٥ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما) والآية التى بعدها

قال سعيد بن جبير وعكرمة . هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وأنفق عليه ، وإنما أضاف الأموال الى الأولياء وهى لغيرهم لأنهم قوامها ومدبروها ، وقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) يعنى اختبروهم فى حفظهم لأموالهم (حتى إذا بلغوا النكاح) أى مبلغ الرجال والنساء (فإن آنستم منهم رشداً) أى أبصرتم وعلمتم منهم حفظا لأموالهم وصلاحا فى تدبير معايشهم

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (ومن أونس منه رشد دفع اليه ماله إذا كان قد بلغ)

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها فى وجوب دفع المال الى المحجور عليه إذا رشد وبلغ ، وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى . قال ابن المنذر. اتفقوا على ذلك ، وقد أمر الله تعالى به

فى نص كتابه بقوله سبحانه ٤ : ٦ وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف فى ماله على وجه المصلحة حفظا لما له عليه ، وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه ، ولا يعتبر فى زوال الحجر عن المجنون اذا عقل حكم حاكم بغيرخلاف ، ولا يعتبر ذلك فى الصبى اذا رشد وبلغ وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : لا يزول الا بحاكم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى لانه موضع اجتهاد ونظر ، فإنه يحتاج فى معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفيه

ولنا أن الله تعالى أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وايناس الرشد ، فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم . وهذا خلاف النص ، ولأنه حجر بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه ، كالحجر على المجنون وبهذا فارق السفيه .

وقد ذكر أبو الخطاب أن الحجر على السفيه يزول بزوال السفه : والاول أولى فصار الحجر منقسما الى ثلاثة أقسام : قسم يزول بغير حكم حاكم ، وهو حجر المجنون . وقسم لا يزول الا بحاكم وهو حجر السفيه ، وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبي .

الفصل الثانى : أنه لايدفع اليه ماله قبل وجود الامرين : البلوغ والرشد ولو صار شيخا . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أكثر علماء الامصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً . وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق . وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد . وروى الجوزجانى فى كتابه قال . كان القاسم بن محمد يلى أمر شيخ من قريش ذى أهل ومال فلا يجوز له أمر فى ماله دونه لضعف عقله . قال ابن اسحاق: رأيته شيخا يخضب وقد جاء الى القاسم بن محمد فقال : ياأبامحمد ادفع الىّ مالى فإنه لايولى على مثلى ، فقال انك فاسد ، فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر ان لم تدفع الى مالى ، فقال له القاسم بن محمد: وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه ، فبعث الى امرأته وقال : هى حرة مسلمة وما كنت

لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها فأرسل إليها فأخبرها ذلك وقال : أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحبس رقيقه ؛ قال ابن إسحاق : ما كان يعاب على رجل إلا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة وإن تصرف نفذ تصرفه فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع إليه ماله لقول الله تعالى (٦ : ١٥٢ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً ، ولأنه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد :

ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) علق الدفع على شرطين ، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما ، وقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعنى أموالهم ، وقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢ فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه ، ولأنه مبذر لماله فلا يجوز دفعه إليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التى احتج بها ، فإنما تدل بدليل خطابها ، وهو لا يقول به ، ثم هى مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع لعلة السفه ، وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن تخص به أيضاً ، كما أنها لما خصصت فى حق المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضا بعد خمس وعشرين وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص وما ذكروه من كونه جداً ليس تحته معنى يقتضى الحكم ، ولا له أصل يشهد له فى الشرع ، فهو إثبات للحكم بالتحكم ، ثم هو متصور فيمن له دون هذا السن ، فان المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة ، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها ، إذا ثبت هذا فانه لا يصح تصرفه ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة . يصح بيعه وإقراره وإنما لا يسلم إليه ماله ، لأن البالغ عنده لا يحجر عليه ، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية ، وقال أصحابنا فى إقراره : يلزمه بعد فك الحجر عنه إذا كان بالغا .

ولنا أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده ، فلا يصح تصرفه وإقراره كالصبى والمجنون ، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله ، ولم يفد منعه من ماله شيئا

ولأن تصرفه لو كان نافذاً لسلم اليه ماله كالرشيد فانه انما يمنع ماله حفظا له ، فاذا لم ينحفظ بالمنع وجب تسليمه اليه بحكم الاصل .

(الفصل الثالث فى البلوغ) ويحصل فى حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء وفى حق الجارية بشيئين يختصان بها ، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والانثى : فأولها خروج المنى من قبله ، وهو الماء الدافق الذى يخلق منه الولد ، فكيفما خرج فى يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ ، لا نعلم فى ذلك اختلافا ، لقول الله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا (وقوله) والذين لم يبلغوا الحلم منكم ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم » وقوله عليه السلام لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » رواهما أبو داود .

قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن الفرائض والاحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها ، وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل ، أو فرج المرأة ، الذى استحق أخذه بالموسى ، وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت فى حق الصغير ، وبهذا قال مالك والشافعى فى قول ، وقال فى الاخر : هو بلوغ فى حق المشركين ، وهل هو بلوغ فى حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة : لا اعتبار به لانه نبات شعر ، فأشبه نبات شعر سائر البدن .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة « حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبي ذراريهم ، وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت ألحقوه بالذريه ، وقال عطية القرظى « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا فىّ ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظر الىّ ، هل أنبت بعد ؟ فنظروا الىّ فلم يجدونى أنبت بعد فألحقونى بالذرية » متفق على معناه ، وكتب عمر رضى الله عنه الى عامله « أن لا تأخذ الجزية الا من جرت عليه المواسى ، وروى محمد بن يحى بن حبان « أن غلاما من الانصار شبب بامرأة فى شعره ، فرفع الى عمر فلم يجده أنبت فقال : لو أنبت الشعر لحددتك »

ولانه خارج يلازمه البلوغ غالبا ، ويستوى فيه الذكر والانثى ، فكان علما على البلوغ كالاحتلام ، ولان الخارج ضربان : متصل ومنفصل فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل ، وما كان بلوغاً فى حق المشركين ، كان بلوغا فى حق المسلمين كالاحتلام والسن ، وأما السن ، فإن البلوغ به فى الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الأوزاعى والشافعى وأبو يوسف ومحمد ، وقال داود : لا حد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم » وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر ، وهذا قول مالك ، وقال أصحابه . سبع عشرة أو ثمانى عشرة ، وروى عن أبى حنيفة فى الغلام روايتان :

إحداهما : سبع عشرة . والثانية : ثمان عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ، ولا توقيف فى هذا ، ولا اتفاق .

ولنا أن ابن عمر قال « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى فى القتال ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى » متفق عليه ، وفى لفظ « عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردنى ولم يرنى بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى » فأخبر بهذا عمر عبد العزيز فكتب الى عماله « أن لا تفرضوا الا لمن بلغ خمس عشرة » رواه الشافعى فى مسنده ورواه الترمذى ، وقال حديث حسن صحيح .

وروى عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأخذت منه الحدود » ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية ، فاستويا فيه كالانزال ، وما ذكره أصحاب أبى حنيفة . ففيما رويناه جواب عنه ، وما احتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ، ولهذا كان انبات الشعر علما عليه ، وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافا ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » رواه الترمذى وقال حديث حسن .

وأما الحمل فهو علم على البلوغ . لان الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة . قال الله تعالى (٨٦ ، ٥ ، ٧ فلينظر الإنسان مم خلق *

خلق من ماء دافق « يخرج[١] من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فى الأحاديث فمتى حملت حكم ببلوغها فى الوقت الذى حملت فيه .

(فصل) وإذا وجد خروج المنى من ذكر الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا ، وإن خرج من فرجه أو حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضى : ليس واحدمنهما علما على البلوغ ، فان اجتمعا فقد بلغ ، وهذا مذهب الشافعى لجواز أن يكون الفرج الذى خرج منه ذلك خلقة زائدة .

ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلا أو امرأة فخروج المنى والحيض أولى ، وإذا ثبت كونه رجلا خرج المنى من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ ، ولأن خروج منى الرجل من المرأة ، والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين ، فإذا ثبت التعيين ، لزم كونه دليلا على البلوغ ، كما لو تعين قبل خروجه ، ولأنه منى خارج من ذكر ؛ أو حيض خارج من فرج فكان علما على البلوغ كالمنى الخارج من الغلام ، والحيض الخارج من الجارية ، ولأنهم سلموا أن خروجهما معا دليل على البلوغ ، فخروج أحدهما منفرداً أولى ، لأن خروجهما معا يقتضى تعارضهما ، واسقاط دلالتهما، إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومنى رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجه من غير محلها ، وليس أحدهما بذلك أولى من الاخر ، فتبطل دلالتهما كالبينتين اذا تعارضتا ، وكالبول اذا خرج من المخرجين جميعا بخلاف ما اذا وجد أحدهما منفرداً فان الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ، ومنى الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فاذا وجد ذلك من غير معارض

---

(١) المشهور أن الضمير فى « يخرج » الماء الدافق ، وأن المراد صلب الرجل وترائب المرأة وفيه اشكال للأطباء وأجيب عنه بأجوبة ، منها قول شيخنا : انها كناية عن اجتماع الرجل والمرأة الاجتماع الخاص الذى يكون سببا لخروجه من بينهما ووقوعه فى الرحم ولو قيل . ان الضمير للإنسان ، وما بين الصلب والترائب بطن الأم لزال الاشكال من أصله .

وجب أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالته ، كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه امرأة بخروجه من فرجها ، والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المنى من ذكره ، وللجارية بخروج الحيض من فرجها ، فعلى هذا ان خرجا معا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة لأن الدليلين تعارضا فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يثبت ، وهو اختيار القاضى ومذهب الشافعى . لأنه إن كان رجلا فقد خرج المنى من ذكره ، وإن كان امرأة فقد حاضت .

والثانى : لا يثبت ، لأنه يجوز أن لا يكون هذا حيضا ولا منيا ، فلا يكون فيه دلالة ، وقد دل تعارضهما على ذلك ، فانتفت دلالتهما على البلوغ ، كانتفاء دلالتهما على الذكورية والأنوثية ، والله أعلم .

« مسألة » قال (وكذلك الجارية وإن لم تنكح)

يعنى أن الجارية إذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع اليها مالها وزال الحجر عنها ، وإن لم تتزوج ، وبهذا قال عطاء والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وابن المنذر : ونقل أبو طالب عن أحمد : لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد ، أو يمضى عليها سنة فى بيت الزوج ، روى ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبى وإسحاق ، لما روى عن شريح أنه قال « عهد إلى عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول فى بيت زوجها حولا أو تلد ولداً » رواه سعيد فى سننه ، ولا يعرف له مخالف فصار إجماعا ، وقال مالك : لا يدفع اليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها ، لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة .

ولنا عموم قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد فيدفع اليه ماله كالرجل ، ولأنها بالغة رشيدة ، فجاز لها التصرف فى مالها كالتى دخل بها الزوج ، وحديث عمر ان صح فلم يعلم انتشاره فى الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس ؛ على أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم

مالها إليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وإنما اعتمد على اجبار الأب لها على النكاح ، ولنا أن نمنع ذلك وان سلمناه فإنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنكاح ومصالحه لا يعلم إلا بمباشرته ، والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها عملا بعموم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها فلم يجز دفعه اليها كما لو لم ترشد ، وقال القاضي : عندي أنه يدفع اليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت .

(فصـــل وظاهر كلام الخرقي : أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ؛ وعن أحمد رواية أخرى : ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا بإذن زوجها ، وبه قال مالك .

وحكى عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها قال : له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روى « أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي بحلي لها فقال لها النبي (ص) . لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعبا؟ فقالت نعم ، فبعث رسول الله (ص) الى كعب فقال هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ قال نعم ، فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه ابن ماجه .

وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها « لا يجوز لإمرأة عطية في مالها الا بإذن زوجها إذ هو مالك عصمتها» رواه أبي داود ولفظه عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ص) قال « لا يجوز لإمرأة عطية إلا بإذن زوجها » ولأن حق الزوج متعلق بمالها ، فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها » والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به ، فاذا أعسر بالنفقة أنظرته ، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال « يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل وأتته زينب امرأة عبد الله وإمرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن ؟ فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ، ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها فى مالها فلم يملك الحجر عليها فى التصرف بجميعه كأختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها المال بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها مادون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقياسهم على المريض غير صحيح لوجوه :

أحدها : أن المرض سبب يفضى الى وصول المال اليهم بالميراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهى أحد وصفى العلة فلا يثبت الحكم بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض .

الثانى : أن تبرع المريض موقوف فان برىء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله .

الثالث : أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فانها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود فى الأصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم فى الأصل والفرع جميعاً .

فصل

وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه ؟ على روايتين

إحداهما : الجواز . لأن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله بما كسب ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء » ولم يذكر إذنا ، وعن أسماء أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ليس لى

شيء إلا ماأدخل عليّ الزبير فهل علي جناح أن أرضخ مما يدخل علي فقال « ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعى عليك » متفق عليهما ، وروي أن إمرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنا كلّ على أزواجنا وآبائنا فما يحل لنا من أموالهم ؟ قال « الرطب تأكلينه وتهدينه » ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس فجرى مجرى صريح الاذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الاذن في أكله .

والرواية الثانية : لا يجوز لما روى أبو أمامة الباهلي قال : سمعت رسول الله (ص) يقول « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها الا بإذن زوجها : قيل : يارسول الله ولا الطعام ؟ قال : ذاك أفضل أموالنا » رواه سعيد في سننه .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال إمرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » وقال « ان الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يجز كغير الزوجة ، والأول أصح ، لأن الأحاديث فيها خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويبينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي ، فصار كأنه قال لها افعلي هذا ، فإن منعها ذلك وقال لا تتصدقي بشيء ولا تتبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك ، لأن المنع الصريح نفي للاذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام إمرأته كجاريته أو أخته أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه ، ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتي يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه ولا من التصرف في شيء من ماله لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله لعدم المعنى فيها ، والله أعلم .

« مسألة » قال (والرشد الصلاح في المال)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم : مالك وأبو حنيفة ، وقال الحسن والشافعي

وابن المنذر : الرشد صلاحه فى دينه وماله لأن الفاسق غير رشيد ، ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير .

ولنا : قول الله تعالى (فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) قال ابن عباس : يعنى صلاحا فى أموالهم ، وقال مجاهد : إذا كان عاقلا ولأن هذا إثبات فى نكرة ومن كان مصلحاً لماله فقد وجد منه رشد ، ولأن العدالة لا تعتبر فى الرشد فى الدوام فلا تعتبر فى الابتداء كالزهد فى الدنيا ، ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل ، يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فالمؤثر فيه ما أثر فى تضييع المال أو حفظه .

وقولهم إن الفاسق غير رشيد قلنا : هو غير رشيد فى دينه أما فى ماله وحفظه فهو رشيد . ثم هو منتقض بالكافر فإنه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله ولو كانت العدالة شرطاً فى الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله اليه فان من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو من يأكل فى السوق ويمد رجليه فى مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع اليهم أموالهم .

إذا ثبت هذا : فإن الفاسق ان كان ينفق ماله فى المعاصى كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به الى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه اياه فى غير فائدة ، وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة واضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله اليه ، لأن المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر فلا حاجة اليه ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله اليه ، لم ينزع منه .

﴿ فصل ﴾

وانما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) يعنى اختبروهم كقوله تعالى (ليبلوكم أيكم أحسن عملا ؟) أى يختبركم واختباره بتفويض التصرفات التى يتصرف فيها أمثاله فإن كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء فاذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع مافى يديه فهو رشيد وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق

دفعت اليه نفقة مدة لينفقها فى مصالحه فإن كان قيما بذلك يصرفها فى مواقعها ويستوفى على وكيله ويستقصى عليه فهو رشيد ، والمرأة يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها فى شراء الكتان وأشباه ذلك ، فان وجدت ضابطة لما فى يديها مستوفية من وكيلها فهى رشيدة . ووقت الاختبار قبل البلوغ فى احدى الروايتين ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن الله تعالى قال (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين :

أحدهما : أنه سماهم يتامى : وانما يكونون يتامى قبل البلوغ .

والثانى : أنه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى ، فدل على أن الاختبار قبله ولأن تأخير الاختبار الى البلوغ مؤد الى الحجر على البالغ الرشيد ، لان الحجر يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده ، واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى لكن لا يختبر الا المراهق المميز الذى يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما ذكرنا فيما مضى ، وقد أومأ أحمد فى موضع الى أن اختباره بعد البلوغ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعى فى وقت الاختبار على نحو مما ذكرنا فيما مضى من الروايتين .

« مسألة » قال ﴿ فان عاود السفه حجر عليه ﴾

وجملته : أن المحجور عليه اذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع اليه ماله ثم عاد الى السفه أعيد عليه الحجر وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعى والاوزاعى واسحاق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ ، وروى ذلك عن ابن سيرين والنخعى لأنه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد .

ولنا اجماع الصحابة ، وروى عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعا فقال على رضى الله عنه لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير ، فقال : قد ابتعت بيعا ، وأن عليا يريد أن يأتى أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر على

فقال الزبير أنا شريكك فى البيع ، فأتى على عثمان فقال : إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه ، فقال الزبير أنا شريكه فى البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟

قال أحمد : لم أسمع هـذا الا من أبى يوسف القاضى . وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد فى عصرهم فتكون اجماعا ، ولأن هذا سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيها ، فإن العلة التى اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفيها سفهه وهو موجود ، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه ، فإذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون ، وفارق الرشيد فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه

فصل

ولا يحجر عليه الا الحاكم . وبهذا قال الشافعى ، وقال محمد يصير محجورا عليه بمجرد تبذيره ، لأن ذلك سبب الحجر فأشبه الجنون

ولنا أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد ، فإذا افتقر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم الحاكم ، كابتداء مدة العنة ، ولأنه حجر مختلف فيه فلم يثبت الا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس ، وفارق الجنون فإنه لا يفتقر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه ، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه ولا يزول الا بحكم الحاكم ، وبه قال الشافعى . وقال أبو الخطاب : يزول السفه لأنه سبب الحجر فيزول بزواله كما فى حق الصبى والمجنون

ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا به كحجر المفلس ، ولأن الرشد يحتاج الى تأمل واجتهاد فى معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه ، وفارق الصبى والمجنون فإن الحجر عليهما بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه ، ولاننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجورا عليه . قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر علية ، يعنى اذا كبر واختل عقله حجر عليه ، بمنزلة المجنون لأنه يعجز بذلك عن التصرف فى ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبى والسفيه

« مسألة » قال (فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله

وجملته أن الحاكم اذا حجر على السفيه استحب أن يشهد عليه ليظهر أمره فتجتنب معاملته، وان رأى أن يأمر منادياً ينادى بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الإشهاد عليه، لأنه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به، فإذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن ان كان باقيا، وان أتلفه السفيه أو تلف فى يده فهو من ضمان المشترى ولا شيء على السفيه. وكذلك ماأخذ من أموال الناس برضا أصحابها، كالذى يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك رده الحاكم ان كان باقيا: وان كان تالفا فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم لانه ان علم فقد فرط بدفع ماله الى من حجر عليه وان لم يعلم فهو مفرط اذ كان فى مظنة الشهرة، هذا اذا كان صاحبه قد سلطه عليه، فأما ان حصل فى يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية، فاختار القاضى أنه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بتفريطه، لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه، فأشبه ما لو كان القبض بغير اختياره، ويحتمل أنه لا يضمن لانه عرضها لاتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلفه كالغصب والجناية فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك، لان الصبى والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى، ومذهب الشافعى فى هذا كله كذلك

(فصل) والحكم فى الصبى والمجنون كالحكم فى السفيه فى وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير اذنه أو غصباه فتلف فى أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل فى أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما، وان أتلفاه ففى ضمانه وجهان.

(فصل) ولا ينظر فى مال الصبى والمجنون ما داما فى الحجر الا الأب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما، وأما السفيه فإن كان محجورا عليه صغيراً واستديم الحجر عليه لسفهه فالولى فيه من ذكرناه، وان جدد الحجر عليه بعد

بلوغه لم ينظر فى ماله إلا الحاكم ، لأن الحجر يفتقر الى حكم حاكم وزواله يفتقر إلى ذلك فكذلك النظر فى ماله

« مسألة » قال ﴿ وان أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصا أو طلق زوجته لزمه ذلك ﴾

وجملته أن المحجور عليه لفلس أو سفه إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصا كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فإن ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك فى الحال لانعلم فى هذا خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وإن الحدود تقام عليه . وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه غير متهم فى حق نفسه والحجر إنما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال ، وان طلق زوجته نفذ طلاقه فى قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبى ليلى لا يقع طلاقه لأن البضع يجرى مجرى المال ، بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال .

ولنا أن الطلاق ليس بتصرف فى المال ولا يجرى مجراه فلا يمنع منه كالإقرار بالحد والقصاص ، ودليل أنه لا يجرى مجرى المال أنه يصح من العبد بغير اذن سيده مع منعه من التصرف فى المال ولا يملك بالميراث ، ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب

﴿ فصل ﴾

اذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال ، لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة ، واحتمل أن لا يصح لئلا يتخذ ذلك وسيلة الى الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الاقرار بالقصاص والعفو عنه على مال ، ولأنه وجوب مال مستنده اقراره فلم يثبت كالاقرار به ابتداء ، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال فى الحال .

فصل) وان خالع صح خلعه ، لأنه اذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذى يحصل به المال أولى ، الا أن العوض لا يدفع اليه ، وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وان أتلفه لم يضمنه ولم تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لأنها سلطته على اتلافه

(فصل وان اعتق لم يصح عتقه ، وهذا قول القاسم بن محمد والشافعى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك ، فصح كعتق الراهن والمفلس

ولنا أنه تصرف فى ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ، ولانه تبرع فأشبه هبته ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فإن الحجر عليهما لحق غيرهما

(فصل)

وان تزوج صح النكاح بإذن وليه وبغير اذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو الخطاب : لا يصح بغير اذن وليه ، وهو قول الشافعى وأبى ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير اذن وليه كالشراء

ولنا أنه عقد غير مالى فصح منه كخلعه وطلاقه ، وان لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد ، كما لو لزم ذلك من الطلاق

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته ، لان ذلك محض مصلحته لانه تقرب الى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ويصح استيلاده ، وتعتق الأمة المستولدة بموته ، لانه اذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه أولى ، وله المطالبة بالقصاص لانه موضوع للتشفى والانتقام وهو من أهله ، وله العفو على مال لانه تحصيل المال لا تضييع له وان عفا على غير مال نظرت

فإن قلنا الواجب القصاص عينا صح عفوه لانه لم يتضمن تضييع المال ، وان قلنا أحد الشيئين لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين ، وان أحرم بالحج صح احرامه لانه مكلف أحرم بالحج أشبه غيره ولان ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته ، ثم ان كان أحرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه ، وان كان تطوعا فكانت نفقته فى السفر

كنفقته فى الحضر ، دفعت اليه لأنه لا ضرر فى احرامه . وان كانت نفقة السفر أكثر فقال : أنا أكتسب تمام نفقتى دفعت اليه أيضا لانه لا يضر بماله ، وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف فى ماله ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله ، بناء على العبد اذا أحرم بغير اذن سيده ، وان حنث فى يمينه أو عاد فى ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء فى نهار رمضان كفر بالصيام لذلك ، وان أعتق أو أطعم عن ذلك لم يجزه ، وبهذا قال الشافعى لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس . ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحته منه ، وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه فى بدنه ، وان نذر صدقة المال لم يصح منه وكفر بالصيام . وان فك الحجر عنه قبل تكفيره فى هذه المواضع كلها لزمه العتق ان قدر عليه . ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك عنه . فإنه يلزمه أداؤه . وان فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه .

فصل

وان أقر بنسب ولد قبل منه لانه ليس باقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كاقراره بالحد والطلاق ، واذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لان ذلك حصل ضمنا لما صح منه . فأشبه نفقة الزوجة

« مسألة » قال (وان أقر بدين لم يلزمه فى حال حجره)

وجملته أن السفيه اذا أقر بمال كالدين أو بما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحظه فلم يصح اقراره بالمال كالصبي والمجنون ولانا لو قبلنا اقراره فى ماله لزال معنى الحجر لانه يتصرف فى ماله ثم يقر به . فيأخذه المقر له ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال . ومقتضى قول الخرقى أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبى ثور لانه مكلف أقر بمالا يلزمه فى الحال . فلزمه بعد فك الحجر عنه . كالعبد يقر بدين

والراهن على الرهن والمفلس على المال : ويحتمل أن لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعي ، لانه محجور عليه لعدم رشده ، فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون : ولان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه ، فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد الا تأخير الضرر عليه الى أكمل حالتيه وفارق المحجور عليه لحق غيره ، فان المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره ، وفي مسألتنا انتفى الحكم لخلل في الاقرار ، فلم يثبت كونه سببا وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر ، ولأن الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذممهم ، فأمكن تصحيح اقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم بأن يلزمهم بعد زوال حق غيره ، والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكلية كالصبي والمجنون ، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى ، فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أداؤه لانه علم أن عليه حقا فلزمه أداؤه كما لو لم يقر به ، وان علم فساد اقراره مثل أن علم أنه أقر بدين ، ولا دين عليه أو بجناية لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل ان أتلف مال من دفعه اليه بقرض أو بيع لم يلزمه أداؤه لأنه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه شيء كما لو لم يقر به .

(فصل) اذا أذن ولي السفيه له في البيع والشراء فهل يصح منه ؟ على وجهين أحدهما : يصح لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح ولانه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالاذن فيه كالصبي . يحقق هذا أن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ثم يصح تصرفه بالاذن فههنا أولى ولانا لو منعنا تصرفه بالاذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره .

والثاني : لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهذين والله أعلم .

كتاب الصلح

الصلح : معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب ، وصلح بين أهل العدل وأهل البغى ، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ، قال الله تعالى (٤٩ : ٩ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال الله تعالى (٤ : ٣٥ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلح بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراما » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح .

وروى عن عمر : أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز الصلح فى هذه الأنواع التى ذكرناها ، ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه ، وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين فى الأموال ، وهو نوعان : صلح على إقرار ، وصلح على إنكار ، ولم يسم الخرقى الصلح إلا فى الإنكار خاصة .

« مسألة » قال (والصلح الذى يجوز هو أن يكون للمدعى حق لا يعلمه المدعى عليه ، فيصطلحان على بعضه ، فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل)

وجملة ذلك : أن الصلح على الإنكار صحيح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى : لا يصح لأنه عاوض على ما لم يثبت له ، فلم تصح المعاوضة : كما لو باع مال غيره ، ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض فى أحد جانبيه ، فبطل كالصلح على حد القذف .

ولنا عموم قوله عليه السلام « الصلح بين المسلمين جائز » فيدخل هذا فى عمومه .

فإن قالوا : فقد قال « إلا صلحاً أحل حراما » وهذا داخل فيه ، لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه ، فحل بالصلح .

قلنا : لا نسلم دخوله فيه ، ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين :

أحدهما : أن هذا يوجد فى الصلح بمعنى البيع ، فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله ، وكذلك الصلح بمعنى الهبة ، فإنه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه ، والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجباً عليه .

الثانى : أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا ، فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام ، وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه ، كما لو صالحه على استرقاق حر ، أو إحلال بضع محرم ، أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك ، وعلى أنهم لا يقولون بهذا ، فإنهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه ، فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه وبذله أولى ، وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى . ولأن المدعى ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ، ولم يرد الشرع بتحريم ذلك فى موضع ، ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار .

يحققه : أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه ، فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى ، وقولهم : إنه معاوضة ، قلنا : فى حقهما أم فى حق أحدهما ؟ الأول ممنوع ، والثانى مسلم ، وهذا لأن المدعى يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده ، فهو معاوضة فى حقه : والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ، ويخلصه من شر المدعى ، فهو أبرأ فى حقه ، وغير ممتنع ثبوت المعاوضة فى حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فإنه يصح ، ويكون معاوضة فى حق البائع واستنقاذاً له من الرق فى حق المشترى كذا ههنا .

إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعى معتقداً أن ما ادعاه حق ، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه ، فيدفع إلى المدعى شيئا افتداء ليمينه ، وقطعا للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم ، فإن ذوى النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ، ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم ،

والمدعى يأخذ ذلك عوضا عن حقه الثابت له ، فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضا ، سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له ، وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه : وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه لأن الزائد لا مقابل له ، فيكون ظالما بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ، ويكون بيعا فى حق المدعى لاعتقاده أخذه عوضا ، فيلزمه حكم إقراره ، فإن كان المأخوذ شقصا فى دار أو عقار وجبت فيه الشفعة ، وإن وجد به عيبا فله رده والرجوع فى دعواه ، ويكون فى حق المنكر بمنزلة الابراء لأنه دفع المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه ، لا عوضا عن حق يعتقده فيلزمه أيضا حكم إقراره : فان وجد بالمصالح عنه عيبا لم يرجع به على المدعى لاعتقاده أنه ما أخذ عوضا ، وان كان شقصا لم تثبت فيه الشفعة ، لأنه يعتقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح ، ولو دفع المدعى عليه ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة ، لأن المدعى يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعا اما ممن هى عنده ، فلم يكن بيعا كاسترجاع العين المغصوبة فأما ان كان أحدهما كاذبا ، مثل أن يدعى المدعى شيئا يعلم أنه ليس له ، وينكر المنكر حقا يعلم أنه عليه ، فالصلح باطل فى الباطن ، لأن المدعى اذا كان كاذبا فما يأخذه أكل مال بالباطل ، أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة ، لا عوضا عن حق له فيكون حراما عليه ، كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله ، وان كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه ، فجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء ، فهو هضم للحق ، وأكل مال بالباطل ، فيكون ذلك حراما ، والصلح باطل ، ولا يحل له مال المدعى بذلك ، وقد ذكره الخرقى فى قوله « وان كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل ، يعنى فى الحقيقة ، وأما الظاهر لنا فهو الصحة : لأننا لا نعلم باطن الحال : وانما ينبنى الأمر على الظواهر ، والظاهر من المسلم السلامة .

(فصل) ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضا أو تفريطا فى وديعة أو مضاربة فأنكره واصطلحا صح لما ذكرناه .

(فصل) وان صالح عن المنكر أجنبي صح ، سواء اعترف للمدعى بصحة

دعواه أو لم يعترف ، وسواء كان بإذنه أو غير إذنه ، وقال أصحاب الشافعي : إنما يصح إذا اعترف للمدعى بصدقه ، وهذا مبنى على صلح المنكر ، وقد ذكرناه ، ثم لا يخلو الصلح إما أن يكون عن دين أو عين : فان كان عن دين صح ، سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه ، لأن قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير اذنه فان عليا وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان الصلح عن عين باذن المنكر فهو كالصلح منه ، لأن الوكيل يقوم مقام الموكل ، وإن كان بغير اذنه فهو افتداء المنكر من الخصومة وإبراء له من الدعوى وذلك جائز ، وفى الموضعين . اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء ، لأنه أدى عنه مالا يلزمه أداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه ، وليس هذا بجيد ، لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه الى المدعى ، فكيف يلزمه أداؤه الى غيره ؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه ، فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ، ومن قال يرجع فانه يجعله كالمدعى فى الدعوى على المنكر لا غير ، أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتما فلا وجه له أصلا ، لأن أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين هنا لم يجب له حق ولا لزم الأداء اليه ، ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى ، فكذلك هذا ، ويشترط فى جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعى فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله ، والتوكيل فى ذلك جائز ، ثم ان أدى عنه باذنه رجع اليه : وهذا قول الشافعي ، وان أدى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء ، وان قضاه محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه : لأنه قد وجب عليه أداؤه بعقد الصلح : بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه : فانه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه .

(فصل) وان صالح الأجنبي المدعى لنفسه لتكون المطالبة له : فلا يخلو من أن يعترف للمدعى بصحة دعواه أو لا يعترف له ، فان لم يعترف له كان الصلح باطلا ، لانه يشترى منه ما لم يثبت له ولم تتوجه اليه خصومة يفتدى منها ، فأشبه ما لو اشترى منه ملك غيره : وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى دينا

لم يصح ، لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه ، ولأنه بيع للدين من غير من هو فى ذمته ، ومن أصحابنا من قال : يصح وليس بجيد ، لأن بيع الدين المقر به من غير من هو فى ذمته لا يصح ، فبيع دين فى ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى وإن كان المدعى عينا فقال الأجنبى للمدعى : أنا أعلم أنك صادق فصالحنى عنها فإنى قادر على استنقاذها من المنكر ، فقال أصحابنا : يصح الصلح . وهو مذهب الشافعى ، لأنه اشترى منه ملكه الذى يقدر على تسليمه ، ثم إن قدر على انتزاعه استقر الصلح : وإن عجز كان له الفسخ ، لأنه لم يسلم له المعقود عليه ، فكان له الرجوع الى بدله . ويحتمل أنه ان تبين أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسداً ، لان الشرط الذى هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده ، فتبين أنه آبق أو ميت ، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح ، لانه اشترى ما لا يمكنه قبضه منه ، فأشبه شراء العبد الآبق والجمل الشارد ، فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين أن قبضه ممكن صح البيع ، لان البيع تناول ما يمكن قبضه ، فصح كما لو علما ذلك ، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط ، فأشبه ما لو باع عبداً يظن أنه حر ، أو أنه عبد غيره فتبين أنه عبده ، ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك ، لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء ، فكان بيعه فاسداً لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساده ، ومن لا يعلم يعتقده صحيحا ، وقد تبين اجتماع شروطه فصح ، كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فان قال الاجنبى للمدعى : أنا وكيل المدعى عليه فى مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها ، وانما يجحدها فى الظاهر ، فظاهر كلام الخرقى : أن الصلح لا يصح ، لانه يجحدها فى الظاهر لينتقص المدعى بعض حقه ، أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان ، فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك ، فقال : أنا أعلم صحة دعواك ، وان هذا لك ولكن لا أسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحنى منه على بعضه أو عوض عنه ؛ وقال القاضى : يصح ، وهذا مذهب الشافعى ، قالوا : ثم ينظر الى المدعى عليه ، فان صدقه على ذلك ملك العين

ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه ان كان أذن له فى الدفع ، وان أنكر الاذن فى الدفع فالقول قوله مع يمينه ، ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير اذنه ، وان أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه ، وليس للأجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها ، فأما حكم ملكها فى الباطن ، فإن كان وكل الاجنبي فى الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها باذنه فلا يقدح انكاره فى ملكها ، لأن ملكه ثبت قبل انكاره ، وانما هو ظالم بالانكار للأجنبي ، وان كان لم يوكله لم يملكها ، لانه اشترى له عيناً بغير اذنه ، ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير اذنه بثمن فى ذمته ، فان أجازه لزم فى حقه ، وان لم يجزه لزم من اشتراه ، وان قال الاجنبي للمدعى : قد عرف المدعى عليه صحة دعواك ، وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني فى المصالحة عنه فصالحه صح ، وكان الحكم كما ذكرنا ، لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه ، بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له ، فأشبه ما لو لم يجحده .

« مسألة » قال ﴿ ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحا ، لأنه هضم للحق ﴾

وجملته . أن من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل ، لأنه صالح عن بعض ماله ببعض ، وهذا محال ، وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الابراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط ، مثل أن يقول : أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني مابقى ، ولو لم يشترط الا أنه لم يعط بعض حقه الا باسقاطه بعضه ، فهو حرام أيضا ، لأنه هضمه حقه .

قال ابن أبي اسحاق : الصلح على الاقرار هضم للحق ، فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه ؛ فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ ، وان تطوع المقر له باسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز ، غير أن ذلك ليس بصلح ، ولامن باب الصلح بسبيل ، ولم يسم الخرقى الصلح الا فى الانكار على الوجه الذى قدمنا ذكره فأما فى الاعتراف فاذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء ، وان قضاه من غير جنسه فهى معاوضة ، وان أبرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقى فهو ابراء ، وان وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهى هبة ، فلا يسمى

ذلك صلحا ، ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحا ، وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية ، أما المعنى فمتفق عليه ، وهو فعل ماعدا وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح ، وذلك ثلاثة أقسام : معاوضة ، وابراء وهبة

فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به . وهذا ثلاثة أضرب

أحدها : أن يعترف له بأحد النقدين فيصالحه الآخر ، نحو أن يعترف له بمائة درهم ، فيصالحه منها بعشرة دنانير ، أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم ، فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه .

الثاني : أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان ، أو بأثمان فيصالحه على عروض ، فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع : وان اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض . لانه بيع دين بدين .

الثالث . أن يصالحه على سكنى دار ، أو خدمة عبد ونحوه ، أو على أن يعمل له عملا معلوما ، فيكون ذلك اجارة ، لها حكم سائر الاجارات ، واذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة ورجع بما صالح عنه وان تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه جاريته ، وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها ، فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه ، وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفها ، وان كان المعترف امرأة فصالحت المدعي على أن تزوجه نفسها جاز ، ولو كان المعترف به عيبا في مبيعها فصالحته على نكاحها صح ، فان زال العيب رجعت بأرشه ، لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها ، وان لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه .

القسم الثاني : الابراء . وهو أن يعترف له بدين في ذمته ، فيقول : قد أبرأتك من نصفه أوجزء معين منه فأعطني مابقي ، فيصح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط

قال أحمد : اذا كان الرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقى ، كان ذلك جائزاً لهما ، ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه فى ذلك إثم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كلم غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر ، وفى الذى أصيب فى حديقته فمر به النبى صلى الله عليه وسلم ، وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه ، فإن فعل ذلك قاضى اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما .

وروى يونس عن الزهرى عن عبد الله بن كعب عن أبيه « أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينا كان له عليه فى المسجد ، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرج اليهما ثم نادى : يا كعب ، قال : لبيك يارسول الله ، فأشار اليه : أن ضع الشطر من دينك ، قال : قد فعلت يارسول الله قال رسول الله (ص) : قم فأعطه » فإن قال : على أن توفينى ما بقى بطل ، لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته ، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض .

القسم الثالث : الهبة . وهو أن يكون له فى يده عين فيقول : قد وهبتك نصفها فأعطنى بقيتها فيصح ، ويعتبر له شروط الهبة ، وان أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعى . لأنه إذا شرط فى الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به ، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض : وان ابرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح ، مثل أن يقول : صالحنى بنصف دينك على ، أو بنصف دارك هذه ، فيقول : صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضى وابن عقيل ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى .

وقال أكثرهم : يجوز الصلح ، لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ، ولا يبقى له تعلق به ، فلا يسمى صلحا ، أما إذا كان بلفظ الصلح سمى صلحا لوجود اللفظ ، وان تخلف المعنى ، كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضى لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض ، أما مع عدمه فلا : وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى ، وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بعوض سمى بيعا ، وان خلا عن العوض سمى هبة .

ولنا أن لفظ الصلح يقتضى المعاوضة ، لأنه إذا قال : صالحنى بهبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا ، فقد أضاف اليه بالمقابلة ، فصار كقوله : بعنى بألف وان أضاف اليه « على » جرى مجرى الشرط ، كقوله تعالى (١٨ : ٩٤ فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سداً) وكلاهما لا يجوز ، بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة .

وقولهم : إنه يسمى صلحا ممنوع ، وان سمى صلحا فمجاز ، لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة ، وقولهم : ان الصلح لا يقتضى المعاوضة ، قلنا : لا نسلم ، وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء : أو على أو نحوهما به ، فإن لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به ، وذلك يقتضى المعاوضة على ما بيناه .

(فصـــل)

وان ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه ، أو على أن يسكنه سنة لم يصح ، لأنه يصالحه فى ملكه على ملكه أو منفعته ، وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها ، وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شاء انتزعه منه ، لأنه أعطاه اياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه ، وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقداً أن ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان فى يده من الدار ، لأنه أخذه بعقد فاســـد ، فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاســـد ، وسكنى الدار بإجارة فاسدة ، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها ؛ واذا آجر السطح مدة مقامه فى يديه ، وله أخذ آلته ، ولو اتفقا على أن يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز ، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلاته ، فليس له أخذ بنائه ، لأنه ملك لصاحب البيت ، وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان مايتلف به ويحتمل أن يملك نقضه كقولنا فى الغاصب .

(فصـــل) واذا صالحه بخدمة عبده سنة صح ، وكانت اجارة ، وقد ذكرنا ذلك ، فإن باع العبد فى السنة صح البيع ، ويكون المشترى ، مسلوب المنفعة بقية السنة ، وللمستأجر استيفاء منفعته الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها ؛ وان لم يعلم المشترى بذلك فله الفسخ لانه عيب ، وان أعتق العبد فى أثناء المدة نفذ عتقه

لأنه مملوكه يصح بيعه فصح عتقه لغيره ، وللمصالح أن يستوفى نفعه فى المدة لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره ، فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ، ولا يرجع العبد على سيده بشيء لأنه ما زال ملكه بالعتق إلا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلم يرجع بشيء ، وإن أعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين أو أعتق أمة مزوجة . وذكر القاضى وابن عقيل وجها آخر : أنه يرجع على سيده بأجر مثله . وهو قول الشافعى ، لأن العتق اقتضى ازالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعا ، فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعته

ولنا أن إعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر إلا فيه ، كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه فأعتق صاحب الرقبة ، وكما لو أعتق أمة مزوجة . وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة . قلنا : إنما يقتضى ذلك إذا كانت مملوكة له ، أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضى إعتاقه إزالة ما ليس بموجود وإن تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعى فيما أقر له به ، وإن وجد العبد معيبا عيبا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح ، وإن صالح على العبد بعينه صح الصلح ويكون بيعا والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل)

إذا ادعى زرعا فى يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذى يجوز به بيع الزرع . وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، وإن كان الزرع فى يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لأنه إن صالحه عليه بشرط التبقية ، أو من غير شرط القطع لم يجز ، لأنه لا يجوز بيعه كذلك . وإن شرط القطع لم يجز لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع زرع الآخر ، ولو كان الزرع لواحد فأقر المدعى بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين : فإن شرط القطع جاز لأن الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ، ويحتمل أن لا يجوز لأن فى الزرع ما ليس بمبيع وهو النصف الذى لم يقر به ، وهو فى النصف الباقى له فلا يصح اشتراط قطعه ، كما لو شرط قطع زرع آخر

فى أرض أخرى ، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليسلم الأرض اليه فارغة صح ، لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقى لتفريغ الأرض فأمكن القطع ، وإن كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض ليكون الارض والزرع بينهما نصفين ، وشرط القطع فى الجميع احتمل الجواز لأنهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة . واحتمل المنع لأن باقى الزرع ليس بمبيع فلا يصح شرط قطعه فى العقد

(فصـــل)

اذا حصلت أغصان شجرته فى هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجـــدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان : اما بردها الى ناحية أخرى واما بالقطع ، لأن الهواء ملك لصاحب القرار ، فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار ، فإن امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على ازالته ، كما اذا لم يكن مالكا له ، وان تلفـــ بها شيء لم يضمنه كذلك ، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلفـــ به اذا أمر بإزالته فلم يفعل . بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما سنذكر ان شاء الله تعالى ، وعلى كلا الوجهين : اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين ، لأنه بمنزلة البهيمة التى تدخل داره له اخراجها ، كذا ههنا . وهذا مذهب الشافعى ، فإن أمكنه ازالتها بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها ، فإن أتلفها فى هذه الحال غرمها ، وان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه ، فإنه لا يلزمه اقرار مال غيره فى ملكه ، فإن صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلفـــ أصحابنا ، فقال ابن حامد وابن عقيل : يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابسا ، لان الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم ، بخلاف العوض فإنه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ، ولأن الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر فى الاملاك المتجاورة ، وفى القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعفى عنها ، كالسمن الحادث فى المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة

يتجـــدد له الأولاد والغراس الذى يستأجر له الأرض يعظم ويجفو . قال أبو الخطاب : لا تصح المصالحة عنه بحال ، رطبا كان أو يابسا ، لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله .

وقال القاضى : إن كان يابسا معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لأن الزيادة مأمونة فيه ، ولا يصح الصلح على غير ذلك لأن الرطب يزيد فى كل وقت ومالا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لأنه تبع الهواء ، وهذامذهب الشافعى واللائق بمذهب أحمد صحته ، لأن الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل ؛ وذلك لدعاء الحاجة اليه ، وكونه لا يحتاج إلى تسليم . وهذا كذلك ، والهواء كالقرار فى كونه مملوكا لصاحبه ، فجاز الصلح على ما فيه كالذى فى القرار .

(فصـــل)

وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بثمرها كله ، فقد نقل المروذى واسحاق بن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال لا أدرى ، فيحتمل أن يصـح ، ونحوه قال مكحول ، فإنه نقل عنه أنه قال : أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيـار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها ، ويحتمل أن لا يصح ، وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعى لان العوض مجهول ، فإن الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ، ومن شرط الصلح العلم بالعوض ، ولان المصالح عليه أيضا مجهول ، لانه يزيد ويتغير على ما أسلفنا

ووجه الاول أن هـذا مما يكثر فى الاملاك وتدعو الحاجه اليه ، وفى القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الامطار والصلح على المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التى لاسبيل الى علمها ، ويقوى عندى أن الصلح ههنا يصح بمعنى أن كل واحد منهما يبيح صاحبه ما بذل له ، فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع ، لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول ، والثمرة فى حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم ، بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله ؛ لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه فجرى مجرى

قول كل واحد منهما لصاحبه : اسكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة . ولا ذكر شروط الاجارة ، أو قوله أبحتك الاكل من ثمرة بستاني فأبحني الاكل من ثمرة بستانك . وكذلك قوله : دعني أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى ، فإن هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً ، وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة ، وفي الترك من غير نفع يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الامرين ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر ، فإن الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع ، الا أن العروق لاتثمر لها ، فإن اتفقا على أن ما نبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمر فيما ذكرنا ، فعلى قولنا اذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى الى صاحب الارض فعليه أجر المثل ، لانه انما تركه في أرضه لهذا ، فلما لم يسلمه له رجع بأجر المثل كما لو بذلها بعوض فلم يسلم له . وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصـــل)

واذا صالحه على المؤجل ببعضه حالا لم يجز ، كرهه زيد بن ثابت وابن عمر . وقال ، نهى عمر أن تباع العين بالدين ، وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم وأبو حنيفة واسحاق . وروي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به . وعن الحسن وابن سيرين أنهما كانا لا يريان بأسا بالعروض أن يأخذها من حقه قبل محله لانهما تبايعا العروض بما في الذمة ، فصح كما لو اشتراها بثمن مثلها ، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز ، فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه .

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضا عن تعجيل ما في ذمته وبيع الحلول

والتأجيل لا يجوز ، كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ، ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت معيبة . ويفارق ما إذا كان عن غير مواطأة ولا عقد ، لأن كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ، ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كبيع درهمين ، ويفارق ما إذا اشترى العروض بثمن مثلها لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضا : فأما إن صالحه على ألف حالة بنصفها مؤجلا ، فإن فعل ذلك اختياراً منه وتبرعا به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل ، لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والإسقاط صحيح ، وان فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضا على ما ذكرنا في أول الباب . وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح ، وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصلح عن المجهول ، سواء كان عينا أو دينا إذا كان مما لا سبيل الى معرفته . قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء فإن علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه ، الا أن يكون مجهولا لا يدرى ماهو ، ونقل عنه عبد الله : اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا ، فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا . وقال ابن أبي موسى : الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه ، وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما . وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه ، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له . ويقول القابض : ان كان لي عليك حق فأنت في حل منه ، ويقول الدافع : ان كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل . وقال الشافعي : لا يصح الصلح على مجهول لأنه فرع البيع ، ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست « استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه » وهذا صلح على

المجهول ، ولأنه إسقاط حق ، فصح فى المجهول كالعتاق والطلاق ، ولانه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصح مع الجهل أولى ، وذلك لانه إذا كان معلوما فلهما طريق إلى التخلص ، وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ، ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع ، وإنما هو إبراء ، وإن سلمنا كونه بيعاً ، فإنه يصح فى المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطى الابار وما مأكوله فى جوفه ، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها ، فقال صاحب الطعام لمتلفه : بعتك الطعام الذى فى ذمتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب صح .

اذا ثبت هذا فإن كان العوض فى الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ، ولا سبيل الى معرفته كالمختصمين فى مواريث دارسة وحقوق سالفة أو فى أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى ، وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ، ولا بد من كونه معلوما ، لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتفضى الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح .

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركة موجودة ، أو يعلمه الذى هو عليه ويجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل ، قال أحمد : ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح ، واحتج بقول شريح : أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها ، فهى الريبة كلها ، قال : وان ورث قوم مالا ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم : نخرجك من الميراث بألف درهم : أكره ذلك ، ولا يشترى منها شىء ، وهى لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ، ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ما هو ، وانما يصالح الرجل الرجل على الشىء لا يعرفه ، ولا يدرى ما هو حساب بينهما فيصالحه أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والاخر لا يعلمه فيصالحه ، فأما اذا علم فلم يصالحه انما يريد يهضم حقه ويذهب به ، وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لإبراء الذمم وازالة الخصام ، فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة ؛ فلم يصح كالبيع .

(فصل)

ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز ، فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ، ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز ، وقد روى أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذى وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات ، فأبى أن يقبلها ؛ ولان المال غير متعين ، فلا يقع العوض فى مقابلته ، فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها لم يجز ، وكذلك لو أتلف عبداً أو شيئا غيره ، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يجوز ؛ لانه يأخذ عوضا عن المتلف ، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك .

ولنا : أن الدية والقيمة ثبتت فى الذمة مقدرة ، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع . ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها ، فيكون أكل مال بالباطل ، فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز ، لانه بيع ، ويجوز أن يشترى الشىء بأكثر من قيمته أو أقل .

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة فى الذمة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم يجز ، وكانت حالة : وبهذا قال الشافعى ، وعن أحمد . يجوز ، وهو قول أبى حنيفة ، لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز ، كما لو باعه اياه .

ولنا أنه انما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة ، والحال لا يتأجل بالتأجيل ، وان جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين ، وبيع الدين بالدين غير جائز .

(فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا رجع بقيمته فى قولهم جميعاً ، وان خرج حراً فكذلك ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية ، لان الصلح فاسد ، فرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية .

ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا فرجع فى قيمته كما لو خرج مستحقا .

(فصل) ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقا أو حراً رجع فى الدار وما صالح عنه ، أو بقيمته ان كان تالفا ، لان الصلح ههنا بيع فى

الحقيقة . فاذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حراً كان البيع فاسداً ، فرجع فيما كان له ، بخلاف الصلح عن القصاص ، فانه ليس ببيع ، وانما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئا فوجده معيبا فصالحه عنه بعبد فبان مستحقا أو حراً رجع بأرش العيب ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضا عن أرش العيب فزال العيب ، رجعت بأرشه لا بمهر المثل ، لانها رضيت ذلك مهراً لها .

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق ، أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية ، وبما صالح عنه ، لان الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه ، فكان وجوده كعدمه .

(فصل) إذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز ، لأن ذلك بيع موضع من أرضه ، ولا حاجة إلى بيان عمقه، لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه ، فله أن يترك فيه ما شاء ، وإن صالحه على إجراء الماء فى ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها ، فهذا إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة ، لأن هذا شأن الاجارة ، فإن كانت الأرض فى يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها فى ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة إجارته ، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك ، لأنه لا يجوز إحداث ساقية فى أرض فى يده بإجارة ، فأما إن كانت الأرض فى يده وقفا عليه فقال القاضى : هو كالمستاجر له أن يصالح على إجراء الماء فى ساقية محفورة فى مدة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقية ، لأنه لا يملكها إنما يستوفى منفعتها كالأرض المستاجرة سواء ، وهذا كله مذهب الشافعى ، والاولى : أنه يجوز له حفر الساقية ، لان الارض له ، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره ، بخلاف المستاجر . فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستاجر إذا أذن له فى الحفر ، فإن مات الموقوف عليه فى أثناء المدة ، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقى من المدة ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا آجره مدة فمات فى أثنائها ، فإن قلنا : له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذى صالحه بقسط ما بقى من المدة ، وإن قلنا : ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة .

(فصــــل)

وإن صالح رجلا على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه ، أو فى أرضه عن سطحه ، أو فى أرضه عن أرضه جاز ، اذا كان ما يجرى ماءاً معلوماً اما بالمشاهدة واما بمعرفة المساحة ، لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ، ولا يمكن ضبطه بغير ذلك ، ويشترط معرفة الموضع الذى يجرى منه الماء الى السطاح ، لان ذلك يختلف ولا يفتقر الى ذكر مدة ، لان الحاجة تدعو الى هذا ، ويجوز العقد على المنفعة فى موضع الحاجة غير مقدر كما فى النكاح ، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائما ، ولا فى أكثر المدة ، بخلاف الساقية ، ويختلفان أيضا فى أن الماء الذى فى الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجرى فيها أكثر من مائها والماء الذى على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح لانه يجرى منه القليل والكثير ، وان كان السطاح الذى يجرى عليه الماء مستأجراً أو عارية مع انسان لم يجز أن يصالح على اجراء الماء عليه ، لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء فى الساقية المحفورة ، فان الارض لا تتضرر به : وان كان ماء السطح يجرى على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك : لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له أن يحفر أرض غيره ، ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسماً ، فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها ، واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم تكن فيه مضرة ، لانه بمنزلة اجراء الماء فى ساقية محفورة ، ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته ، كما قلنا فى اجراء المـاء فى الساقيه ، والله أعلم .

(فصل) واذا أراد أن يجرى ماء فى أرض غيره لغير ضرورة لم يجز الا باذنه وان كان لضرورة : مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره ؛ فهل له ذلك ؟ على روايتين .

احداهما : لا يجوز ، لانه تصرف فى أرض غيره بغير اذنه فلم يجز ، كما لو لم تدع اليه ضرورة . لان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره ، بدليل أنه لا يباح له الزرع فى أرض غيره ولا البناء فيها . ولا الانتفاع بشىء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة .

والاخرى : يجوز . لما روى « أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنعنى وهو منفعة لك . تشربه أولا وآخراً ، ولا يضرك ؟ فأبى محمد . فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلى سبيله ، فقال محمد : لا والله . فقال له : لم تمنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع . تشربه أولا وآخراً ؟ فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ففعل » رواه مالك فى موطئه وسعيد فى سننه ، والاول أقيس ، وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة ، وهو موافق للأصول ، فكان أولى .

(فصل) وان صالح رجلا على أن يسق أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه ، وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي : لا يجوز . لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه ، فلا يجوز الصلح عليه ، ولانه مجهول ، قال : وان صالحه على سهم من العين أو النهر ، كالثلث أو الربع جاز . وكان بيعا للقرار ، والماء تابع له ، ويحتمل أن يجوز الصلح على السقى من نهره وقناته . لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز أخذ العوض عنه فى الجملة ، بدليل ما لو أخذه فى قربته أو انائه ، ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه ، بدليل الصلح عن دم العمد وأشباهه . والصلح على المجهول .

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه ؛ مثل أن يصالح امرأة لتقر بالزوجية . لانه صلح يحل حراما ؛ ولانها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز ، وان دفعت اليه عوضاً عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز . لأن الصلح فى الانكار انما يكون فى حق المنكر لافتداء اليمين ؛ وهذه لا يمين عليها . وفى حق المدعى بأخذ العوض فى مقابلة حقه الذى يدعيه . وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له . وانما أجيز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها .

والثانى : يصح . ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعى يأخذ عوضا عن حقه

من النكاح ، فجاز كعوض الخلع ، والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره ، وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ، ولأنها مشروعة فى حقها فى إحدى الروايتين ، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية بإقرارها أو ببينة

فإن قلنا : الصلح باطل فالنكاح باق بحاله ، لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع ، وان قلنا : هو صحيح احتمل ذلك أيضاً ، ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض ، لأنه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعا ، كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها ، ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز ، لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وإن دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : يجوز ، كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا .

فصل

وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجز لأنه يحل حراما ، فإن إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره ، وان دفع اليه المدعى عليه مالا صلحا عن دعواه صح ، لأنه يجوز أن يعتق عبده بمال ، ويشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه ، ولو ادعى على رجل ألفا فأنكره ، فدفع اليه شيئا ليقر له بالألف لم يصح ، فإن أقر لزمه ماأقر به ويرد ما أخذه ، لأنه تبين بإقراره كذبه فى إنكاره ، وأن الألف عليه فيلزمه أداؤه بغير عوض ، ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه ، وان دفع اليه المنكر مالا صلحا عن دعواه صح ، وقد مضى ذكره .

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح ، لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمى أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها ؛ فلا يجوز كتمانه ، ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك ، كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة .

الثاني : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور ، فهذا يجب عليه ترك ذلك

ويحرم عليه فعله ، فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله .

الثالث : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه ، لأن ذلك ليس بحق له ؛ فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ماليس بحق له ، ولو صالح السارق والزانى والشارب بمال على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح لذلك ، ولم يجز له أخذ العوض ، وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح : لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه ، لكونه ليس بحق له ، فأشبه حد الزنا والسرقة ، وان كان حقا له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقا ليس بمالى ، ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ، ولأنه شرع لتنزيه العرض ، فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال ؛ وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف فى كونه حقا لله تعالى أو حقا لآدمى ، فإن كان حقا لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمى ولا اسقاطه ، كحد الزنا والسرقة ، وان كان حقا لآدمى سقط بصلحه واسقاطه ، مثل القصاص ، فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح ، لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضى بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف ، الا أنه يسقط ههنا وجها واحداً ، لكونه حقا لآدمى .

(فصل)

ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحا ؛ وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة فى الحائط وأطرافها خارجة فى الطريق ، سواء كان ذلك يضر فى العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الاولى ، وهو المستوفى لهواء الطريق كله على حائطين ، سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الإمام فى ذلك أو لم يأذن .

وقال ابن عقيل : ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الإمام ، لأنه نائبهم ، فجرى إذنه مجرى اذن المشتركين فى الدرب الذى ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة : يجوز من ذلك مالا ضرر فيه ، وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه .

وقال مالك والشافعى والأوزاعى واسحاق وأبو يوسف ومحمد : يجوز ذلك

إذا لم يضر بالمارة ، ولا يملك أحد منعه ، لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة ، فكان جائزاً كالمشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم : ان كان في شارع تمر فيه الجيوش والاحمال ، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه ، وقال أكثرهم : لا يقدر بذلك : بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل .

ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز ، كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن أهله ؛ ويفارق المرور في الطريق ، فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه ، فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء ، وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء ، وقد تعلو الأرض بمرور الزمان فيصدم رءوس النـــاس ، ويمنع مرور الدواب بالاحمال ، ويقطع الطريق الا على الماشي ، وقد رأينا مثل هذا كثيراً ، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه ، كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها ، وعلى أبي حنيفة : أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز ، فلم يجز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة ، وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه ، وإن كان ساكتا كما لا يجوز إذا منع منه .

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكانا بغير خلاف نعلمه ، سواء كان الطريق واسعا أو غير واسع ، سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن ، لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ، ولأنه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العاثر ، فلم يجز كما لو كان الطريق ضيقا

﴿ فصل ﴾

ولا يجوز أن يبني دكانا ولا يخرج روشنا ولا ساباطا على درب غير نافذ إلا بإذن أهله ، وبهذا قال الشافعي اذا لم يكن له في الدرب باب ، وان كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه ، فمنهم من منعه أيضا ، ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والسباط ، لأن له في الدرب استطراقا ، فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ .

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين ، أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ، ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه ؛ فأما ان أذن أهل الدرب فيه جاز ، لأن الحق لهم ،

فجاز باذنهم كما لو كان المالك واحداً ، وان صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز ، وقال القاضى وأصحاب الشافعى : لايجوز ، لانه بيع للهواء دون القرار ولنا أنه يبنى فيه باذنهم فجاز ، كما لو أذنوا له بغير عوض ، ولانه ملك لهم ، فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار :

إذا ثبت هذا فإنما يجوز بشرط كون مايخرجه معلوم المقدار فى الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما اذا أخرجه الى ملك إنسان معين لا يجوز بغير اذنه ، ويجوز باذنه بعوض وبغيره اذا كان معلوم المقدار . والله أعلم .

﴿ فصـــل ﴾

ولا يجوز أن يحفر فى الطريق النافذة بئراً لنفسه ، سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك ؛ لما ذكرناه من قبل ، وان أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق ، مثل أن يحفرها ليستقى الناس من مائها ويشرب منه المارة ، أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا ، فإن كان الطريق ضيقاً أو يحفرها فى ممر الناس بحيث يخاف سقوط انسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز ذلك ، لان ضررها أكثر من نفعها ؛ وان حفرها فى زاوية فى طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز ، لأن ذلك نفع بلا ضرر ؛ فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها .

فأما ما فعله فى درب غير نافذ فلا يجوز الا باذن أهله ، لان هذا ملك لقوم معينين ، فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم ، كما لو فعله فى بستان انسان ، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز ، سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقى منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق ، وكذلك ان فعل ذلك فى ملك انسان معين .

(فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب الى الطريق الأعظم ، ولا يجوز اخراجها الى درب نافذ الا باذن أهله ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : يجوز اخراجه الى الطريق الأعظم ، لأن عمر رضى الله عنه « اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزابا الى الطريق فقلعه ، فقال العباس : تقلعه وقد نصبه رسول الله (ص) بيده

فقال : والله لا نصبته الا على ظهرى ، وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه، ومافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلغيره فعله ، مالم يقم دليل على اختصاصه به ، ولأن الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ، ولأن الناس يعملون ذلك فى جميع بلاد الاسلام من غير نكير .

ولنا أن هذا تصرف فى هواء مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجز ، كما لو كان الطريق غير نافذ، ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز ، كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ، ولا يخفى ما فيه من الضرر ، فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين ، والحديث قضية فى عين ، فيحتمل أنه كان فى درب غير نافذ ، أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك ، لأن الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور .

فصل

ولا يجوز أن يفتح فى الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه ، لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ، ولا يجوز أن يغرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ، ولا يتصرف فيه نوع تصرف ، لأنه تصرف فى الحائط بما يضر به فلم يجز كنقضه ، ولا يجوز له فعل شىء من ذلك فى حائط جاره بطريق الأولى ، لأنه اذا لم يجز فيما له فيه حق ، ففيما لا حق له فيه أولى ، وان صالحه عن ذلك بعوض جاز ، وأما الاستناد اليه واسناد شىء لا يضره اليه فلا بأس به ، لأنه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه ، أشبه الاستظلال به .

(فصل) فأما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجز بغير خلاف نعلمه ، لما ذكرنا ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا أن به غنية عن وضع خشبه عليه لإمكان وضعه على غيره ، فقال أكثر أصحابنا : لا يجوز أيضا ، وهو قول الشافعى وأبى ثور ، ولأنه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجز كبناء حائط عليه ، وأشار ابن عقيل الى جوازه ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله (ص)

قال « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره » متفق عليه . ولأن ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة ، كأخذ الشقص بالشفعة من المشترى ، والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك ، فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه ، فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك . وبهذا قال الشافعي فى القديم . وقال فى الجديد : ليس له وضعه ، وهو قول أبى حنيفة ومالك لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به ، أشبه الاستناد إليه والاستظلال به ، ويفارق الزرع فإنه يضر ولم تدع اليه حاجة .

إذا ثبت هذا فاشترط القاضى وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد . وليس هذا فى كلام أحمد ، إنما قال فى رواية أبى داود : لايمنعه اذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبق ، ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر ، والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم ؛ والمجنون والعاقل لما ذكرنا ، والله أعلم

(فصل) فأما وضعه فى جدار المسجد اذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان احداهما الجواز ، لأنه اذا جاز فى ملك الجار مع أن حقه مبنى على الشح والضيق ، ففى حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى

والثانية لا يجوز ، نقلها أبو طالب ، لأن القياس يقتضى المنع فى حق الكل ترك فى حق الجار للخبر الوارد فيه ، فوجب البقاء فى غيره على مقتضى القياس ، وهذا اختيار أبى بكر ، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب فى ملك الجار ، لأنه اذا امتنع من وضع الخشب فى الجدار المشترك بين المسلمين ، وللواضع فيه حق ، فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ، ولأنه اذا منع فى حق الله تعالى مع أن حقه على المسامحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه ، فلأن يمنع فى حق آدمى مع شحه وضيقه أولى ، والمذهب الأول

فإن قيل . فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب فى الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لأن الخشب يمسك الحائط وينفعه ، بخلاف الطاق والباب فإنه يضعف الحائط لأنه يبقى مفتوحا فى الحائط ، والذى يفتحه الخشبة يسده بها ، ولأن وضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

فصل

ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله اعادة خشبه ، لأن السبب المجوز لوضعه مستمر ، فاستمر استحقاق ذلك ، وان زال السبب ، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح ، وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لزم ازالته ، لأنه يضر بالمالك ويزول الخشب ، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته ، لأن فى ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط فى ابقائه ، بخلاف ما لو خشى سقوطه .

فصل ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه، ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه . وكذلك لايملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره ، لأنه أبيح له من حق غيره لحاجته ، فلم يجز له ذلك فيه : كطعام غيره اذا أبيح له من أجل الضرورة ، ولو أراد صاحب الحائط اعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هــذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك ، لانه وسيلة الى منع ذى الحق من حقه فلم يملكه كمنعه ، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق ، وان احتاج الى هدمه للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك ، لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للإرفاق به مشروطا بعدم الضرر لصاحب الحق ، فمتى أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه .

(فصل واذا أذن صاحب الحائط لجاره فى البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه فى الموضع الذى لا يستحق وضعه جاز . فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة ، فإذا رجع المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم

المستعير ازالة ما فعله ، لأن اذنه اقتضى البقاء والدوام وفى القلع اضرار به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضا للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان ، وان أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك ، لأن المستعير قد استحق تبقية الخشب عليه ولا ضرر فى تبقيته : وان كان مستهدما فله نقضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته ، واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد، سواء بناه بآلته أوغيرها وهكذا لو قلع المستعير خشبا أو سقط بنفسه لم يكن له رده الا باذن مستأنف ، لان المنع من القلع انما كان لما فيه من الضرر؛ وههنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبه ما لو كان فى الارض شجر فانقلع . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى

وقالوا فى الآخر : له ذلك لانه قد استحق بقاء ذلك على التأبيد وليس كذلك ، فانه انما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع ، وقد حصل القلع ههنا فلا يبقى الاستحقاق ، وان قلع صاحب الحائط ذلك عدوانا كان للآخر اعادته لانه أزيل بغير حق تعديا ممن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه ، وان أزاله أجنبى لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك ، لأنه زال بغير عدوان منه ، فأشبه ما لو سقط بنفسه

(فصل) وان أذن له فى وضع خشبه أوالبناء على جداره بعوض جاز، سواء كان اجارة فى مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأبيد ، ومتى زال فله اعادته ، سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك ، لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك ، والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك ، لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذى عليه البناء أو الخشب فى أثناء مدة الإجارة سقوطا لا يعود انفسخت الإجارة فيما بقى ورجع من الاجرة بقسط ما بقى من المدة . وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التى سقط البناء والخشب عنه ، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشىء معلوم جاز . كما يجوز الصلح على وضعه . سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذى صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر . لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له . وكذلك لو كان له مسيل ماء فى أرض غيره

أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز ، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز ، لأنه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه ، لان الصلح بيع

فصل

واذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فمتى زال فله اعادته ، لان الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره : فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه ، وكذلك لو وجد مسيل مائه فى أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له ، لأن الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة ، واذا اختلفا فى ذلك ، هل هو بحق أو بعدوان ؟ فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه ، لان الظاهر معه

(فصل) واذا ادعى رجل داراً فى يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولأخيه الاخذ بالشفعة ، ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقا وبين ما اذا قال : هذه لنا ورثناها جميعا عن أبينا أو أخينا ، فيقال اذا كان الانكار مطلقا كان له الاخذ بالشفعة ، وان قال ورثناها عن أبينا فلا شفعة له ، لان المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل ، فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة

ووجه الاول أن الملك ثبت للمدعى حكما ، وقد رجع الى المقر بالبيع ، وهو معترف بأنه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة ، كما لو كان الانكار مطلقا ، ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر الى المدعى ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب ، فلا يتنافى انكار المنكر واقرار المقر ، كحالة اطلاق الانكار . وهذا أصح

« مسألة » قال ﴿ واذا تداعى نفسان جدارا معقودا ببناء كل واحد منهما تحالفا وكان بينهما . وكذلك ان كان محلولا من بنائهما ، وان كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه ﴾

وجملة ذلك أن الرجلين اذا تداعيا حائطا بين ملكيهما وتساويا فى كونه معقوداً ببنائهما معاً ، وهو أن يكون متصلا بهما اتصالا لا يمكن احداثه بعد بناء

الحائط ، مثل اتصال البناء بالطين ، كهذه القطائر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما ، أي غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور ، بل بينهما شق مستطيل ، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى ؛ فإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا ، فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ، ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما ، وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط أنه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا ، وذلك لان المختلفين في العين اذا لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه ، فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها ، فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه ، وان كان لاحدهما بينة حكم له بها ، وان كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما . فإن لم يكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان . وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان الكل للآخر . وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال أبو ثور : لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه

ولنا أن الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحدا . فإذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده . فانه لو بني مع هذا كان متصلا به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والازج . فان قيل : فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك ؟

قلنا لأن ذلك ظاهر وليس بيقين ، اذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعا مع حائطه . أو كان له فوهبه اياه أو بناه بأجرة . فشرعت اليمين من أجل الاحتمال . كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين فأما ان كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن احداثه مثل البناء باللبن والآجر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنة أو آجرة . أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين . فقال القاضي لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون

صاحب الحائط فعل هذا ليتملك الحائط المشترك. وظاهر كلام الخرقى أنه يرجح بهذا الاتصال. كما يرجح بالاتصال الذى لا يمكن احداثه. لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فانه يمكن أن تكون يداً عادية حدثت بالغصب أو بالسرقة أو العارية أو الاجارة. فلم يمنع ذلك الترجيح بها

(فصـــل)

فان كان لأحدهما عليه بناء كحائط مبنى عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له. وبهذا قال الشافعى. لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه لكونه منتفعا به. فجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعه فى الارض. ولان الظاهر أن الإنسان لا يترك غيره يبنى على حائطه. وكذلك ان كانت له عليه سترة ولو كان فى أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزج معقود فالحائط المختلف فيه له. لان الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له

(فصـل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا: لا ترجح دعواه بذلك. وهو قول الشافعى لان هذا مما يسمح به الجار. وقد ورد الخبر بالنهى عن المنع منه. وعندنا أنه حق يجب التمكين منه فلم ترجح به الدعوى. كاسناد متاعه اليه وتجصيصه وتزويقه. ويحتمل أن ترجح به الدعوى. وهو قول مالك لانه منتفع به بوضع ماله عليه. فأشبه البانى عليه والزارع فى الارض. وورود الشرع بالنهى عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق. بدليل أنا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقا على الدوام حتى متى زال جازت اعادته. ولأن كونه مستحقا تشترط له الحاجة الى وضعه ففيما لا حاجة اليه له منعه من وضعه. وأما السماح به فان أكثر الناس لا يتسامحون به. ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم طأطئوا رءوسهم كراهة لذلك، فقال «مالى أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم»

وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا : ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه : ولأن الحائط يبنى لذلك ؟ فيرجح به كالازج : وقال أصحاب أبي حنيفة : لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد ، لأن الحائط لا يبنى له ، ويرجح بالجذعين ، لأن الحائط يبنى لهما .

ولنا أنه موضوع على الحائط ، فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة ، ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما وأقطاع الاجر إلى ملك الاخر ، ولا بمعاقد القمط في الخص ، يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو يوسف ومحمد : يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط ، لما روى نمر بن حارثة التميمي عن أبيه « أن قوماً اختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم في خص ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم ، فحكم به لمن يليه معاقد القمط ، ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : أصبت وأحسنت » رواه ابن ماجه : وروى نحوه عن علي ، ولأن العرف جار بأن من بنى حائطاً جعل وجه الحائط إليه .

ولنا عموم قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولأن وجه الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما ، إذ لا يمكن كونه إليهما جميعاً فبطلت دلالته كالتزويق ، ولأنه يراد للزينة ، فأشبه التزويق ، وحديثهم لا يثبته أهل النقل ، وإسناده مجهول ، قاله ابن المنذر ، قال الشالنجي : ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يقنعه ، وذكرته لإسحاق بن راهويه فقال : ليس هذا حديثا ولم يصححه ؛ وحديث علي فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح ، فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس ، كما يلبس الرجل أحسن أثوابه أعلاها الظاهر للناس . ليروه فيتزين به ، فلا دليل فيه :

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ، ولا بكون أحدهما له على الاجر سترة غير مبنية عليه ؛ لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه .

(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلاني فهي

لصاحب السفل ، لأنه المنتفع بها ، وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه . وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لذلك . وان تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما . وبهذا قال الإمام الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السفل . لأن السقف على ملكه . فكان القول قوله . كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها . وحكى عن مالك : أنه لصاحب السفل . وحكى عنه : أنه لصاحب العلو . لأنه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به .

ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما ، كالحائط بين الملكين . وقولهم : هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو . ولا يشبه السرج على الدابة . لأنه لا ينتفع به غير صاحبها . ولا يراد الا لها ، فكان في يده . وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لأنه سماء صاحب السفل يظله . وأرض صاحب العلو تقله . فاستويا فيه .

فصل

وان تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها . فان لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل ، كسلم مسمراً ، أو دكة فهي لصاحب العلو وحده . لان له اليد والتصرف وحده . لانها مصعد صاحب العلو لا غير ، والعرصة التي عليها الدرجة له أيضا ، لانتفاعه بها وحده ، وان كان تحتها بيت بنيت لأجله لتكون مدرجا للعلو فهي بينهما . لان يديهما عليها . ولانها سقف للسفلاني وموطىء للفوقاني . فهي كالسقف الذي بينهما . وان كان تحتها طاق صغير لم تبن الدرجة لأجله . وانما جعل مرفقا يجعل فيه جب الماء ونحوه . فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده . ويحتمل أن يكون بينهما . لان يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف .

(فصل) ولو تنازعا مسقاة بين نهر أحدهما وأرض الاخر تحالفا . وكانت بينهما . لانها حاجز بين ملكيهما . فهي كالحائط بين الملكين .

(فصل) اذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطالب أحدهما اعادته وأبى الاخر . فهل يجبر الممتنع على اعادته ؟ قال القاضي : فيه روايتان :

إحداهما : يجبر . نقلها ابن القاسم وحرب وسندى ، قال القاضى : هى أصح وقال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا ، وبه قال مالك فى إحدى روايتيه والشافعى فى قديم قوليه ، واختاره بعض أصحابه وصححه ، لأن فى ترك بنائه إضراراً ، فيجبر عليه ، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وهذا وشريكه يتضرران فى ترك بنائه .

والرواية الثانية . لا يجبر . نقل عن أحمد ما يدل على ذلك ، وهو أقوى دليلا ومذهب أبى حنيفة ، لأنه ملك لا حرمة له فى نفسه ، فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه كما لو انفرد به ، ولأنه بناء حائط فلم يجبر عليه كالابتداء ، ولأنه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما جميعاً ، لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه ، بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره ، فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتمعا ، وفارق القسمة ، فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه ، والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله ، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه ضرر ، بدليل قسمة ما فى قسمته ضرر ؛ ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه ، لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ، ولهذا يجبر عليه ، وإن انفرد بالحائط بخلاف مسألتنا ، ولا نسلم أن فى تركه إضراراً ، فان الضرر إنما حصل بانهدامه ، وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به ، وهذا لا يمنع الإنسان منه ، بدليل حالة الابتداء ، وإن سلمنا أنه إضرار لكن فى الإجبار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر ، وقد يكون الممتنع لا نفع له فى الحائط ، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع ، أو يكون معسراً ليس معه ما يبنى به ، فيكلف الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية : إذا امتنع أحدهما لم يجبر ، فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه ، لأن له حقاً فى الحمل ورسماً ، فلا يجوز منعه منه ، وله بناؤه بأنقاضه إن شاء ، وبناؤه بآلة من عنده ، فإن بناه بآلته وأنقاضه فالحائط بينهما على الشركة ، كما كان ، لأن المنفق عليه انما أنفق على التالف ، وذلك أثر لا عين يملكها ، وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة ، وله منع شريكه من

الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له ، وإذا أراد نقضه فإن كان بناه بآلته لم يملك نقضه ، لأنه ملكهما ، فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما ، وان بناه بآلة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة ، فإن قال شريكه : أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر ، لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء ؛ وان أراد غير البانى نقضه أو اجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعا ، لأنه اذا لم يملك منعه من بنائه ، فلأن لا يملك اجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له : اما أن تأخذ منى نصف قيمته وتمكننى من انتفاعى ووضع خشبى ، واما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا ، فيلزم الآخر اجابته ، لأنه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه ، وان لم يرد الانتفاع به فطالبه البانى بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك . لأنه اذا لم يجبر على البناء ، فأولى أن لا يجبر على الغرامة ، الا أن يكون قد أذن فى البناء والإنفاق ، فيلزمه ما أذن فيه ، فأما على الرواية الأولى : فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك . فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وان لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم ، أو اذن الشريك رجع عليه متى قدر ، وان أراد بناءه لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق : ان تبرع به لم يكن له الرجوع به ، وان نوى الرجوع به ، فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين ، بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه ، وان بناه لنفسه بآلته فهو بينهما ، وان بناه بآلة من عنده فهو له خاصة . فإن أراد نقضه فله ذلك الا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته . فلا يكون له نقضه . لأنه اذا أجبر على بنائه . فأولى أن يجبر على ابقائه .

{ فصل }

فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الاخر مباناته حائطا يحجز بين ملكيهما . فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة . وان أراد البناء وحده لم يكن له البناء الا فى ملكه خاصة . لأنه لا يملك التصرف فى ملك جاره المختص به . ولا فى الملك المشترك بغير ما له فيه رسم . وهذا لا رسم له . ولا أعلم فى هذا خلافا .

(فصل) فإن كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذى بينهما فطلب أحدهما المباناة من الاخر فامتنع . فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين . كالحائط بين البيتين . وللشافعى قولان كالروايتين . وان انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو باعادتها فعلى روايتين .

احداهما : يجبر . وهو قول مالك وأبى ثور وأحد قولى الشافعى . فعلى هذه الرواية : يجبر على البناء وحده . لأنه ملكه خاصة .

والثانية : لا يجبر ، وهو قول أبى حنيفة . وان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعا . فان بناه بآلته فهو على كل ما كان . وان بناه بآلة من عنده . فقد روى عن أحمد : لا ينتفع به صاحب السفل . يعنى حتى يؤدى القيمة . فيحتمل أن لا يسكن . وهو قول أبى حنيفة . لان البيت انما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره . ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق . ويكون له السكنى من غير تصرف فى ملك غيره وهذا مذهب الشافعى . لان السكنى انما هى اقامته فى فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستظلال بها من خارج . فأما ان طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان .

احداهما : لا يجبر على بنائه . ولا مساعدته . وهو قول الشافعى . لان الحائط ملك صاحب السفل مختص به . فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو .

والثانية : يجبر على مساعدته والبناء معه . وهو قول أبى الدرداء ، لانه حائط يشتركان فى الانتفاع به . أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فان كان بين البيتين حائط لاحدهما فانهدم فطالب أحدهما من الاخر بناءه أو المساعدة فى بنائه فامتنع لم يجبر لانه ان كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الاخر وان كان الممتنع الاخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ، ولا يلزم على هذا حائط السفل حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه ، لان الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقا لإبقائه على حيطان السفل دائما ، فلزم صاحب السفل تمكينه مما يستحقه ، وطريقه البناء ، فلذلك وجب

بخلاف مسألتنا ، وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه ، لأنه ملكه خاصة ، وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك ، لأنه لا حق له فيه .

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذى بينهما نظرت ، فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شىء على هادمه ، ويكون كما لو انهدم بنفسه ، لأنه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه ، وان هدمه لغير ذلك فعليه إعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها ، وسواء التزم إعادته أو لم يلتزم ، لأن الضرر حصل بفعله ، فلزمه إعادته .

﴿ فصـــل ﴾

فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح ، لأنه يصالح على بعض ملكه ببعض ، فلم يصح ، كما لو أقر له بدار فصالحه على سكناها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء : لم يجز لجهالة الحمل فإنه يحمله من الأثقال مالا طاقة له بحمله ، وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فإن كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ، ففى إجبار الممتنع منهما روايتان ، وحكى عن أبى حنيفة : أنه يجبر ههنا على الانفاق ، لأنه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضر به ، بخلاف الحائط ، فإنه يمكنهما قسمة العرصة ، والأولى التسوية : لأن فى قسمة العرصة إضراراً بهما والانفاق أرفق بهما ، فكانا سواء ، والحكم فى الدولاب والناعورة كالحكم فى الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الانفاق عليه ، وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء ، لان الماء ينبع من ملكيهما ، وإنما أثر أحدهما فى نقل الطين منه ، وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط اذا بناه بآلته ، والحكم فى الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع فى النفقة على حائط على مامضى

فصل) إذا كان لرجلين بابان فى زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر فى داخله ، فللقريب من الباب نقل بابه الى مايلى باب الزقاق ، لأن له الاستطراق الى بابه القديم ، فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد رد بابه الى

موضعه الاول كان له ، لان حقه لم يسقط ، وان أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك ، نص عليه أحمد ، لأنه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه ، ويحتمل جواز ذلك ، لأنه كان له أن يجعل بابه فى أول البناء فى أى موضع شاء فتركه فى موضع لا يسقط حقه ، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ، ولان له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده ، فأما صاحب الباب الثانى فإن كان فى داخل الدرب باب لآخر فحكمه فى التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء ، وان لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء ، لأنه على الاول لا منازع له فيما تجاوز الباب الاول ، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه لكل واحد منهما ذلك ، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح فى داره باباً آخر ، أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز اذا وضع البابين فى موضع استطراقه وان كان ظهر دار أحدهما الى شارع نافذ أو زقاق نافذ ففتح فى حائطه باباً اليه جاز ، ولانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه .

فإن قيل : فى هذا إضرار بأهل الدرب ، لأنه يجعله نافذاً يستطرق اليه من الشارع ، قلنا : لا يصير الدرب نافذاً ، وانما تصير داره نافذة ، وليس لأحد استطراق داره ، فأما ان كان بابه فى الشارع وظهر داره الى الزقاق الذى لا ينفذ فأراد أن يفتح باباً الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك ، لأنه ليس له حق فى الدرب الذى قد تعين عليه ملك أربابه ، ويحتمل الجواز كما ذكرنا فى الوجه الذى قد تقدم ، وان أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسمره أو شباكاً جاز ، لأنه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى .

قال ابن عقيل : ويحتمل عندى أنه لا يجوز ، لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق ، فيضر بأهل الدرب ، بخلاف رفع الحائط فانه لا يدل على شىء .

(فصل) واذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما فى زقاق غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز ، وان فتح من كل واحدة منهما باباً الى الاخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يجز ، ذكره القاضى ، لأن ذلك

يثبت الاستطراق فى الدرب الذى لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ، ولأن ذلك ربما أدى الى إثبات الشفعة فى قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين فى زقاق الاخرى ، ويحتمل جواز ذلك ، لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى ، وهذا أشبه ، وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه ، وفى كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز .

(فصل) اذا تنازع صاحب البابين فى الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذى يلى أوله بينهما ؛ لأن لهما الاستطراق فيه جميعاً ، وما بعده الى صدر الدرب للآخر ، لأن الاستطراق فى ذلك له وحده ، فله اليد والتصرف .

والوجه الثانى : أن من أوله الى أقصى حائط الأول بينهما ، لأن ما يقابل ذلك لهما التصرف فيه بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه : وما بعد ذلك للثانى . لانه ليس بفناء للأول ولا له فيه استطراق .

والثالث : يكون بينهما ، لان لهما جميعاً يداً وتصرفا ، وهكذا الحكم فيما اذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله ولصاحب العلو درجة فى أثناء صحن الخان فاختلفا فى الصحن ، فما كان من الدرجة الى باب الخان بينهما وماوراء ذلك من إلى صدر الخان على الوجهين .

أحدهما : هو لصاحب السفل ، والثانى . هو بينهما ، فان كانت الدرجة فى صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعا ، فعلى الوجه الذى يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدرانى له أن يستبدل بما يختص به منه بأن يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله فى داره على وجه لا يضر بجاره ، ولا يضع على حائطه شيئا ، لان ذلك ملك له ينفرد به .

(فصل) وليس للرجل التصرف فى ملكه تصرفا يضر بجاره ، نحو أن يبنى فيه حماما بين الدور ، أو يفتح خبازاً بين العطارين ؛ أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها ، أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها ، وبهذا قال

بعض أصحاب أبى حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع ، وبه قال الشافعى وبعض أصحاب أبى حنيفة ، لأنه تصرف فى ملكه المختص به ، ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه ، كما لو طبخ فى داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع الدق الذى يهدم الحيطان وينثرها .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولان هذا اضرار بجيرانه ، فمنع منه كالدق الذى يهز الحيطان وينثرها ، وكسقى الارض الذى يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتعدى الى احراقها : قالوا ههنا تعدت النار التى أضرمها والماء الذى أرسله ، فكان مرسلا لذلك فى ملك غيره فأشبه ما لو أرسله اليها قصداً ، قلنا : والدخان هو أجزاء الحريق الذى أحرقه ، فكان مرسلا له فى ملك جاره فهو كأجزاء النار والماء ، وأما دخان الخبز والطبيخ فإن ضرره يسير ، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة .

فصل

وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر ، فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره ، الا أن يبنى سترة تستره ، وقال الشافعى : لا يلزمه عمل سترة ، لأن هذا حاجز بين ملكيهما ، فلا يجبر أحدهما عليه كالاسفل .

ولنا أنه اضرار بجاره ، فمنع منه ، كدق يهز الحيطان ، وذلك لأنه يكشف جارة ويطلع على حرمه ، فأشبه ما لو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم « لو أن رجلا اطلع اليك فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الأسفل ، فإن تصرفه لا يضر بالاعلى ولا يكشف داره .

(فصل) اذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولا جاز ذلك ، سواء اتفقا على قسمها طولا أو عرضا ، لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما ؛ وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو أن يجعل له نصف الطول فى جميع العرض والآخر مثله ، فقال أصحابنا : يجبر الممتنع على القسمة ، وهو مذهب الشافعى ،

لان ذلك لا يضر ، فإذا أقتسما اقترعا ، فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة فإن كان مبنيا فلا كلام ، وان كان غـير مبنى كان لـكل واحد منهما أن يبنى فى نصيبه ، وان أحب أن يدخل بعض عرصته فى داره فعل : وان أحب أن يزيد فى حائطه من عرصته فعل ، ويحتمل أن لا يجبر على القسمة ، لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لأنه لا يقدر على حائط يستر ملكه ، وربما اختار أحدهما أن لا يبنى حائطه ، فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفا أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر ، لا يرد الشرع بالاجبار عليه .

فإن قيل : فاذا كان مشتركا تمكن أيضا من منع شريكه وضع خشبه عليه ، قلنا : اذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية . وأما ان طلب قسمها عرضا وهو أن يجعل لـكل واحـد منهما نصف العرض فى كمال الطول نظرنا ، فان كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا ، واختار ابن عقيل أنه يجبر ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، لأنها عرصة ، فأجبر على قسمها كعرصة الدار .

ولنا أن فى قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكروه ينتقض بذلك ، وان كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لـكل واحد منهما ما يبنى فيه حائطا ، ففى اجبار الممتنع وجهان .

أحدهما : يجبر ، قاله أبو الخطاب لانه لا ضرر فى القسمة لـكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته ، فأشبه عرصة الدار التى يحصل لـكل واحد منهما ما يبنى فيه داراً .

والثانى : لا يجبر ، ذكره القاضى ، لان هذه القسمة لا تقع فيها قرعة ، لاننا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحـد منهما على ما يلى ملك جاره ، فلا ينتفع به ، فلو أجبرناه على القسمة لاجبرناه على أخذ ما يلى داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . ومتى اقتسما العرصة طولا فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطا وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها ، لان ذلك يجرى مجرى بناء الحائط فى عرصته .

(فصـــل)

وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبهما بعلامة ، وإن اتفقا على قسمته عرضا فقال أصحابنا يجوز القسمة لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فأشبه العرصة ، ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه . وههنا لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً ، لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله ، وإن فتح فيه طاقا يضعفه ضعف كله وان وقع بعضه تضرر النصيب الآخر . وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الاخر . فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولا

ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنهما إن قطعاه بينهما فقد أتلفا جزءاً من الحائط ، ولا يجبر الممتنع من ذلك ، كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه ، وإن لم يقطع وعلما علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعا بنصيب الاخر :

ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها . وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضر ، بل يعلمه بخط بين نصيبهما . ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الاخر وإن اتصل به ، بدليل الحائط المتصل في دارين ، والله أعلم

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والإجماع . أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مطل الغنى ظلم . واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » متفق عليه — وفى لفظ « من أحيل بحقه على ملىء فليحتل » وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة فى الجملة واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، وقد قيل انها بيع ، فإن المحيل يشترى ما فى ذمته بماله فى ذمة المحال عليه ، وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك ، والصحيح أنها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره ، لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لأنه بيع مال الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ، ولأن لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد ، وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ، ويشترط فى صحتها رضى المحيل بلا خلاف ، فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه . وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما على ما سنذكره إن شاء الله تعالى

« مسألة » قال ﴿ ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضى فقد برىء المحيل أبداً ﴾

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة :

أحدها تماثل الحقين ، لأنها تحويل للحق ونقل له ، فينقل على صفته ويعتبر تماثلهما فى أمور ثلاثة :

أحدها الجنس ، فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة . ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح

الثانى : الصفة ، فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ؛ أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح .

الثالث : الحلول والتأجيل ، ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين ، فإن كان أحدهما حالا والاخر مؤجلا أو أجل أحدهما الى شهر والاخر الى شهرين لم تصح الحوالة ولو كان الحقان حالين ، فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة ، لان الحال لا يتأجل ، ولأنه شرط ما لو كان ثابتا فى نفس الامر لم تصح الحوالة ، فكذلك إذا شرطه ، واذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع المحال عليه خيراً من حقه ، أو رضى المحتال بدون الصفة ، أو رضى من عليه المؤجل بتعجيله ، أو رضى من له الحال بإنظاره جاز ، لأن ذلك يجوز فى القرض ففى الحوالة أولى ، وان مات المحيل أو المحال فالاجل بحاله ، وان مات المحال عليه ففى حلول الحق روايتان مضى ذكرهما

الشرط الثانى : أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر ، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه بعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ؛ والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من أسلم فى شيء فلا يصرفه الى غيره » ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة ، لانه غير مستقر فإن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة ، لأن حكمه حكم الاحرار فى المداينات ، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ، ويكون ذلك بمنزلة القبض

وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر وإن أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر ؛ وان أحال البائع بالثمن على المشترى فى مدة الخيار لم يصح فى قياس ما ذكرنا ، وان أحاله المشترى به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشترى ثم ظهر على عيب لم يتبين أن الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والبيع كان لازماً وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشترى . ويحتمل أن تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحوالة ، وكل موضع أحال من

عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين ، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشترى يفسخ البيع ويرد المبيع ، فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان . أحدهما : تبطل الحوالة لعدم الفائدة فى بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه . والثانى لا تبطل لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه ، ولأن الحوالة بمنزلة القبض ، فكأن المحيل أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه ، وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر ، وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهاً واحداً ، ويرجع المحيل على المحتال به .

(فصل) وإن أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هى وكالة تثبت فيها أحكامها ، لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ، ولا حق ههنا ينتقل ويتحول ، وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المعنى ، وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين ، كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه ، وتحول ذلك الى الوكيل كتحوله إلى المحيل، وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا . نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء ولا المحتال قبول ذلك ، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وإنما هو اقتراض .

فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لانه قرض ، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه . وان قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل به ، لأنه قد غرم عنه ، وإنما عاد اليه المال بعقد مستأنف . ويحتمل أن لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا ، وان أحال من لا دين عليه فهى وكالة فى اقتراض وليست حواله ، لان الحوالة إنما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل)

الشرط الثالث : أن تكون بمال معلوم ، لانها ان كانت بيعاً فلا تصح فى مجهول ، وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت مثله فى الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والادهان ؛ ولا تصح

فيما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت فى الذمة ، ومن شرط الحوالة تساوى الدينين فأما ما يثبت فى الذمة سلما غير المثليات كالمذروع والمعدود ، ففى صحة الحوالة به وجهان : أحدهما : لا تصح ، لان المثل فيه لا يتحرر ، ولهذا لا يضمنه بمثله فى الاتلاف ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى

والثانى : تصح ، ذكره القاضى ، ولأنه حق ثابت فى الذمة فأشبه ماله مثل ، ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فإن كان عليه إبل من الدية وله على آخر مثلها فى السن ، فقال القاضى تصح لانها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم فى السن والقيمة وسائر الصفات

وقال أبو الخطاب لا تصح فى أحد الوجهين لأنها مجهولة ، ولأن الابل ليست من المثليات التى تضمن بمثلها فى الاتلاف ، ولا تثبت فى الذمة سلما فى رواية . وان كان عليه ابل من دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه ، فإن قلنا يرد فى القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس ، وان قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضى صحة الحوالة ، لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ، ولأن الخيرة فى التسليم الى من عليه الدين ، وقد رضى بتسليم ماله فى ذمة المقترض . وان كانت بالعكس فاحتال المقرض بإبل الدية لم تصح ، لأننا ان قلنا تجب القيمة فى القرض فقد اختلف الجنس ، وان قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض فى صفاته وقيمته ، والذى عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصـــل)

الشرط الرابع : أن يحيل برضائه ، لأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ، ولا خلاف فى هذا .

فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل فى قول عامة الفقهاء . الا ما يروى عن الحسن أنه كان لايرى الحوالة براءة الا أن يبرئه . وعن زفر أنه قال : لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان ، وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق ، بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة الى ذمة ، فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه

إذا ثبت أن الحق انتقل فمتى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الخرقى ، وبه قال الليث والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر . وعن أحمد ما يدل على أنه اذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم . وبه قال جماعة من أصحابنا . ونحوه قول مالك ، لأن الفلس عيب فى المحال عليه فكان له الرجوع ، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ، ولأن المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع

وقال شريح والشعبي والنخعى : متى أفلس أو مات رجع على صاحبه . وقال أبو حنيفة يرجع عليه فى حالين : إذا مات المحال عليه مفلساً ، واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم . وقال أبو يوسف ومحمد . يرجع عليه فى هاتين الحالتين . واذا حجر عليه لفلس ، لانه روى عن عثمان «أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً ؟ فقال يرجع بحقه ، لا توى على مال امرىء مسلم » ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين فكان له الفسخ ، كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه .

ولنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب «كان له على على رضى الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه ، فأخبره فقال : اخترت علينا أبعدك الله» فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ، ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه ؛ فلم يكن فيها رجوع ؛ كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح . يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ، ولم يصح سماعه منه ، وقد روى أنه قال « فى حوالة أو كفالة » وهذا يوجب التوقف ولا يصح ، ولو صح كان قول على مخالفا له .

وقولهم : انه معاوضة لا يصح ، لانه يفضى الى بيع الدين بالدين وهو منهى عنه ويفارق المعاوضة بالثوب ، لأنه فى ذلك قبضا يقف استقرار العقد عليه ؛ وههنا الحوالة بمنزلة القبض ، والا كان بيع دين بدين

(فصل) فإن شرط ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل ، وبه قال بعض الشافعية . وقال بعضهم لايرجع لأن الحوالة لا ترد بالاعسار اذا لم يشترط

الملاءة فلا ترد به وان شرط ، كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع ، فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط ، بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ولانه شرط مافيه مصلحة العقد فى عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته ، كما لو شرط صفة فى المبيع وقد يثبت بالشرط مالا يثبت بإطلاق العقد ، بدليل اشتراط صفة فى المبيع

﴿ فصـــل ﴾

ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل بلا خلاف ، فإنه لا يلزمه الاحتيال على غير ملىء لما عليه فيه من الضرر ، وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة اذا أحيل على ملىء ، ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول الخرقى ؛ لكونه اشترط فى براءة المحيل ابداء رضى المحتال

« مسألة » قال (ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال)

الملىء هو القادر على الوفاء ، جاء فى الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ان الله تعالى يقول : من يقرض الملىء غير المعدم » وقال الشاعر :

تطيلين ليـــانى وأنت مليئة وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعنى قادرة على وفائى ، والظاهر أن الخرقى أراد بالملىء ههنا القادر على الوفاء ، غير الجاحد ولا المماطل . قال أحمد فى تفسير الملىء : كأن الملىء عنده أن يكون مليا بماله وقوله وبدنه ونحو هذا ، فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما ، وقال أبو حنيفة : يعتبر رضاهما لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين

وقال مالك والشافعى : يعتبر رضى المحتال ، لان حقه فى ذمة المحيل فلا يجوز نقله الى غيرها بغير رضـاه ، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضا ؛ فأما المحال عليه فقال مالك : لا يعتبر رضـــاه ، الا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعى فى اعتبار رضائه قولان :

أحدهما يعتبر ، وهو يحكى عن الزهرى لأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبه المحيل والثانى لا يعتبر لأنه أقامه فى القبض مقام نفسه ، فلم يفتقر الى رضى من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » ولأن للمحيل أن يوفى الحق الذى عليه بنفسه وبوكيله . وقد أقام المحال عليه مقام نفسه فى التقبيض فلزم المحال القبول ، كما لو وكل رجلا فى إيفائه ، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما فى ذمته عرضا ، لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله

(فصل)

إذا أحال رجلا على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثانى ثابت مستقر فى الذمة ، فصح أن يحيل به كالأول ، وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له فى ذمته صح أيضا لما ذكرنا ، وتكرر المحتال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحال المشترى البائع بالثمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقا فالبيع باطل والحوالة باطلة ، لأننا تبينا أنه لا ثمن على المشترى ، وإنما تثبت حريته ببينة أو اتفاقهم ، فان اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لأنهما يبطلان حقه ، أشبه ما لو باع المشترى العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشترى الثانى وان أقاما بينة لم تسمع لأنهما كذباها بدخولهما فى التبايع ، وان أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة ، وان صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى ؛ فإن أقاما البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت ؛ لأنهما لم يكذباها ، وان اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه فى حرية العبد لانه إقرار على غيرهما ، وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئا ، وان اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من

هو فى يده بحريته ، وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لان دخوله معه فى الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه

﴿ فصــــل ﴾

وان اشترى عبداً فأحال المشترى البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشترى العبد بعيب أو مقايلة أو اختلاف فى ثمن فقد برىء المحال عليه لانه قبض منه بإذنه ؛ ويرجع المشترى على البائع ، وان رده قبل القبض فقال القاضى : تبطل الحوالة ويعود المشترى الى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع ، فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ ، فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به .

وقال أبو الخطاب : لا تبطل الحوالة فى أحد الوجهين ، لان المشترى عوض البائع عما فى ذمته ماله فى ذمة المحال عليه . ونقل حقه اليه نقلا صحيحا وبرىء من الثمن وبرىء المحال عليه من دين المشترى فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول ، كما لو أعطاه بالثمن ثوبا وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب . كذا ههنا

فان قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة . وان قلنا لا تبطل رجع المشترى على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه ، فان عاد البائع فأحال المشترى صح بالثمن على من أحاله المشترى عليه صح وبرىء البائع وعاد المشترى الى غريمه ، وان كانت المسألة بحالها لكن أحال البائع أجنبيا على المشترى ثم رد العبد المبيع ، فى الحوالة وجهان

أحدهما لا تبطل ، لان ذمة المشترى برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للأجنبى المحتال ، فأشبه ما لو دفعه المشترى الى المحيل، فعلى هذا يرجع المشترى على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به

والثانى تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذى كانت الحوالة به ، ولانه لا فائدة فى بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويبرأ المشترى منهما كالمسألة قبلها ، واذا قلنا لا تبطل فأحال المشترى المحال عليه بالثمن على البائع صح وبرىء المشترى منهما .

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر فى قبضه ثم اختلف هو

والمأذون له ، فقال وكلتك فى قبض دينى بلفظ التوكيل ، فقال بل أحلتنى بلفظ الحوالة ، أو كانت بالعكس فقال : أحلتك بدينك . قال بل وكلتنى ، فالقول قول مدعى الوكالة منهما مع يمينه ، لأنه يدعى بقـــاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والأصل معه . فإن كان لأحدهما بينة حكم بها ، لأن اختلافهما فى اللفظ ، وهو مما يمكن إقامة البينة عليه ، وان اتفقا على أنه قال : أحلتك بالمال الذى لى قبل زيد ثم اختلفا ، فقال المحيل انما وكلتك فى القبض لى ، وقال الاخر بل أحلتنى بدينى عليك فالقول قول مدعى الحوالة فى أحد الوجهين ، لان الظاهر معه ، فإن اللفظ حقيقة فى الحوالة دون الوكالة ، فيجب حمل اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا فى دار فى يد أحدهما .

والثانى القول قول المحيل ، لان الاصـــل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعى نقله والمحيل ينكره ، والقول قول المنكر

فعلى الوجه الأول : يحلف المحتال ويثبت حقه فى ذمة المحال عليه ، ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثانى : يحلف المحيل ويبقى حقه فى ذمة المحال عليه . وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف فى يده فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريطه أوغيره ، لانه إن تلف بتفريط وكان المحتال محقا فقد أتلف ماله ، وإن كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الاخر مثل ما فى ذمته له فيتقاصان ، ويسقطان ، وإن تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف فى يده وبرىء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسلمه والمحيل يقول : قد تلف المال فى يد وكيلى بغير تفريط ، فلا ضمان عليه . وإن لم يتلف احتمل أن لايملك المحيل طلبه . لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له فى يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة فى أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ، ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه ، وقيل يملك المحيل أخذه منه ، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح ، لان المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعى أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه يستحق المطالبة به ، فعلى كلا الحالين :

هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه فى قولهما جميعا فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة فى هذه المسألة ، لانهما لا يختلفان فى لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعى المحيل بينة ، وهذا لا تشهد به البينة نفيا ولا اثباتا

(فصــــل)

وإن كانت المسألة بالعكس فقال : أحلتك بدينك ؛ فقال بل وكلتنى ففيها الوجهان أيضا لما قدمناه ، فإن قلنا القول قول المحيل حلف برىء من حق المحتال والمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه ، لانه يجوز له ذلك بقولها معاً ، فإذا قبضه كان له بحقه .

وإن قلنا القول قول المحتال حلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه ، لانه إما وكيل وإما محتال ، فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه ، لان المحيل يقول هو لك ، والمحتال يقول هو أمانة فى يدى ولى مثله على صاحبه : وقد أذن له فى أخذه ضمنا ، فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وان استوفى من المحيل رجع على المحال عليه فى أحد الوجهين ، لانه قد ثبتت الوكالة بيمين المحتال وبقى الحق فى ذمة المحال عليه للمحيل والثانى لا يرجع عليه لانه يعترف أنه قد برىء من حقه وانما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه . قال القاضى والاول أصح ؛ وان كان قد قبض الحوالة فتلفت فى يده بتفريط أو أتلفها سقط حقه على الوجهين ، لانه ان كان محقا فقد أتلف حقه وان كان مبطلا فقد أتلف مثل دينه فيثبت فى ذمته ويتقاصان ؛ وان تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضا ، لان ماله تلف تحت يده ، وعلى الثانى له أن يرجع على المحيل بحقه ، وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه ، لأنه يعترف ببراءته .

(فصــل) وان اتفقا على أن المحيل قال : أحلتك بدينك ، ثم اختلفا فقال أحدهما هى حوالة بلفظها ، وقال الآخر بل هى وكالة بلفظ الحوالة ، فالقول قول مدعى الحوالة وجها واحدا ، لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها ، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال . لا دين لك علىَّ ، لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده له بعد ذلك ، فأما ان لم يقل بدينك

بل قال أحلتك ، ثم قال : ليس لك عليّ دين وانما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة ، أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لسانى فقلت أحلتك ، وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتا على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أو لا ؟ فيه وجهان سبق توجيهها .

(فصل) واذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال : قد أحلت به على فلانا الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه ، وان كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لإسقاط حق المحيل عليه ، وان ادعى رجل أن فلانا الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله ، فإن أقام المدعى بينة ثبتت فى حقه وحق الغائب ، لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال ، وان لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين

أحدهما يلزمه الدفع اليه . لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه . فلزمه الدفع اليه كما لو كانت بينة

والثانى لا يلزمه الدفع اليه . لانه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه . فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أنى وكيل فلان فى قبض دينه منك فصدقه وقال : لا أدفعه اليك . فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار . فاذا حلف برىء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا تلزمه اليمين فليس المحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر فى المحيل فان صدق المدعى فى أنه أحاله ثبتت الحوالة له . لأن رضى المحال عليه لا يعتبر وان أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة . وان نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه . ثم ان المحيل صدق المدعى فلا كلام . وان أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفى من المحال عليه لأنه معترف له بالحق ويدعى أن المحتال ظلمه . ويبقى دين المحتال على المحيل . وان كان المحيل ينكر أن له عليه دينا فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه . وان كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه فى كون المحتال قد ظلمه

واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضا بغير حق وأنه يجب عليه أن يرد ما أخذه منه إليه . فينبغى أن يقبضها المحتال ويسلمها إلى المحال عليه أو يأذن للمحيل فى دفعها إلى المحال عليه ، وإن صدق المحال عليه المحتال فى الحوالة ودفع إليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم فى الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا فى التى قبلها .

﴿ فصـــل ﴾

فإن كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه ، لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين ، فإن كان الألف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك ، فأحاله أحدهما بالألف برئت ذمتهما معا كما لو قضاها ، وإن أحال صاحب الألف رجلا على أحدهما بعينه بالألف صحت الحوالة ، لأن الدين على كل واحدمنهما مستقر ، وإن أحال عليهما جميعا ليستوفى منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضا عندالقاضى ، لأنه لا فضل ههنافى نوع ولا أجل ولا عدد ، وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملىء ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا تصح الحوالة ، لأن الفضل قد دخلها فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء ، فأشبه ما لو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما ألف ليستوفى من أيهما شاء ، والأول أصح ، والفرق بين هذه المسألة ، وبين ما إذا أحاله بألفين أنه لا فضل بينهمافى العدد ههنا ، وثم تفاضلا فيه ، ولأن الحوالة ههنا بألف معين ، وثم الحوالة بأحدهمامن غير تعيين ، وأنه إذا قضاه أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين ، وثم إذا قضى أحدهما بقى ما على الآخر ، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال ، لأنه لما كان له أن يستوفى الألف من واحد كان له أن يستوفى من اثنين كالوكيلين .

باب الضمان

« مسألة » ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيته فهو عليّ ، فقد لزمه ما صح أنه أعطاه)

الضمان : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، فيثبت فى ذمتهما جميعا : ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضم ، وقال القاضى . هو مشتق من الضمين : لأن ذمة الضامن تتضمن الحق .

والأصل فى جوازه : الكتاب والسنة والاجماع ، وأما الكتاب : فقول الله تعالى (١٢ : ٧٢ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وقال ابن عباس : الزعيم الكفيل .

وأما السنة : فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزعيم غارم » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن ، وروى البخارى عن سلمة ابن الأكوع « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ديناران ، قال . هل ترك لهما وفاء ؟ قالوا . لا ، فتأخر ، فقيل : لم لا تصل عليه ؟ فقال : ما تنفعه صلاتى وذمته مرهونة ؟ إلا إن قام أحدكم فضمنه ، فقام أبو قتادة فقال : هما على يا رسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم » وأجمع المسلمون على جواز الضمان فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى فروع نذكرها إن شاء الله تعالى .

إذا ثبت هذا فإنه يقال : ضمين وكفيل ، وقبيل وحميل ، وزعيم وصبير بمعنى واحد ، ولا بد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ، ولا بد من رضى الضامن ، فإن أكره على الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه ، لا نعلم فيه خلافا ، لانه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ، ولا يعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد : يعتبر ، لانه إثبات مال لآدمى ، فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء ؛ وعن أصحاب الشافعى كالمذهبين .

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه ؛ فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روى عن علي رضى الله عنه ، ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ، ولأنه ضمان دين ، فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي : يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا ؟ وليعرف المضمون له فيؤدي إليه .

وذكر وجها آخر : أنه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ، ولا تعتبر معرفة المضمون عنه ، لأنه لا معاملة بينه وبينه ، ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه .

ولنا حديث علي وأبي قتادة ، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه ، ولأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر .

(فصل) وقد دلت مسألة الخرقي على أحكام .

منها : صحة ضمان المجهول لقوله « ما أعطيته فهو علي » وهذا مجهول ، فمتى قال : أنا ضامن لك مالك على فلان ، أو ما يقضى به عليه ، أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك ، أو ما يخرج في روزمانجك صح الضمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح ، لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم ، لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة ، فصح في المجهول ، كالنذر والاقرار ، ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة ، وإذا قال : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، أو قال : ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق .

ومنها : صحة ضمان ما لم يجب ، فإن معنى قوله « ما أعطيته » أي ما تعطيه في المستقبل ، بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه

غيره ولو كان ما أعطيته فى الماضى كان معنى المسألتين سواء ، أو إحداهما داخلة فى الأخرى .

والخلاف فى هذه المسألة ودليل القولين كالتى قبلها ، إلا أنهم قالوا : الضمان ضم ذمة إلى ذمة فى التزام الدين ، فإذا لم يكن على المضمون عنه شىء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً ، قلنا : قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه فى أنه يلزمه ما يلزمه وأن ما ثبت فى ذمة مضمونه يثبت فى ذمته ، وهذا كاف ، وقد سلموا ضمان مايلقيه فى البحر قبل وجوبه بقوله : ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ضمان الجعل فى الجعالة قبل العمل وما وجب شىء بعد ،

ومنها : أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان المضمون له مطالبته ولا نعلم فى هذا خلافاً . وهو فائدة الضمان ، وقد دل قول النبى صلى الله عليه وسلم « والزعيم غارم » واشتقاق اللفظ .

ومنها : صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق : حيا كان أو ميتا ، مليئا أو مفلسا ، لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء ، فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف ، لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ، ولأن ذمته قد خربت خرابا لا تعمر بعده ، فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة فى التزامه .

ولنا حديث أبى قتادة وعلى ، فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء ، والنبى صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه فى حديث أبى قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح فى المسألة ، ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ، ولو ضمنه حيا ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن . ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفى هذا انفصال عما ذكروه .

ومنها : صحة الضمان فى كل حق أعنى من الحقوق المالية الواجبة أو التى تؤول إلى الوجوب : كثمن المبيع فى مدة الخيار وبعده ، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده ، لأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالثمن فى المبيع بعد انقضاء الخيار ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقايلة ، وبهذا كله قال الشافعى .

{ فصـــل }

فيما يصح ضمانه ، ويصح ضمان الجعل فى الجعالة ، وفى المسابقة والمناضلة ، وقال أصحاب الشافعى : فى أحد الوجهين : لا يصح ضمانه ، لأنه لا يؤول إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه ، كمال الكتابة

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل : وإنما الذى لا يلزم العمل ، والمال يلزم بوجوده ، والضمان المال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية ، سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات ، وقال أصحاب الشافعى : لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لانه مجهول ، وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ، ولان الابل الواجبة فى الذمة معلومة الاسنان والعدد ، وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر ، لانه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة ، وكذلك غيرها من الحيوان ، ولان جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف ، فلم يمنع وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة ، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة ، لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها إلى اللزم ، ويلزمه ما يلزم الزوج فى قياس المذهب ، وقال القاضى : إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلا نفقة المعسر ، لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعى على القول الذى قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه صح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها ، بدليل الجعل فى الجعالة ، والصداق قبل الدخول ، والمبيع فى مدة الخيار ، فأما النفقة فى الماضى فإن كانت واجبة إما بحكم الحاكم بها ، أو قلنا : بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها ، وإلا فلا ويصح ضمان مال السلم فى إحدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدى إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه فلم يجز . كالحوالة به . والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالاجرة وثمن المبيع ولا يصح ضمان مال الكتابة فى إحدى الروايتين ؛ وهو قول الشافعى وأكثر أهل العلم . والأخرى : يصح . لأنه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه والأولى : أصح لانه ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم فإن المكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه فإذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى ،

ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية . وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد القولين ، وقال فى الآخر : لا يصح ، لأن الأعيان غير ثابتة فى الذمة ؛ وانما يضمن ما ثبت فى الذمة ، ووصفنا لها بالضمان إنما معناه أنه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة .

ولنا أنها مضمونة على من هى فى يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة فى الذمة ، وقولهم : ان الأعيان لا تثبت فى الذمة ، قلنا : الضمان فى الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها ، والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها ، وهـذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع ، فإن ضمانها يصح وهو فى الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقا .

فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التى يدفعها الى القصار والخياط ، فهذه ان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها ، لأنها غير مضمونة على من هى فى يده ، فكذلك على ضامنه ، وان ضمنها ان تعدى فيها ، فظاهر كلام أحمـد رحمه الله : يدل على صحة الضمان : فانه قال فى رواية الأثرم فى رجل يتقبل من الناس الثياب ، فقال له رجل : ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن ، فقال له : هو ضامن لما دفعه اليه : يعنى إذا تعدى أو تلف بفعله ، فعلى هذا ان تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا .

وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك ، لأنها مضمونة على من هى فى يده فلزم ضامنه ، كالغصوب والعوارى ، وهذا فى الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازه ، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشترى وعن المشترى للبائع ، فضمانه على المشترى : هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وان ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن ، وضمانه عن البائع للمشترى هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب ، فضمان العهدة فى الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر وحقيقة العهدة : الكتاب الذى يكتب فيه وثيقة البيع ، ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذى يضمنه .

وممن أجاز ضمان العهدة فى الجملة : أبو حنيفة ومالك والشافعى ، ومنع منه

بعض الشافعية ، لكونه ضمان مالم يجب وضمان مجهول وضمان عين ، وقد بينا جواز الضمان فى ذلك كله ، ولأن الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع ، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان ، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق ، وأما الرهن فلا يجوز فى ذلك بالاجماع ، لأنه يؤدى الى أن يبقى أبداً مرهونا ، فلم يبق الا الضمان ولأنه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ، لأنه انما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقا أو معيبا حالا العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجهالة منتفية ، لأنه ضمن الجلة ، فإذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ماضمنه .

إذا ثبت هذا . فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشترى قبل قبض الثمن وبعده ، وقال الشافعى : إنما يصح بعد القبض ، لأنه قبل القبض لو خرج مستحقا لم يجب على البائع شىء ، وهذا ينبنى على ضمان مالم يجب إذا كان مفضيا الى الوجوب كالجعالة ، وألفاظ ضمان العهدة أن يقول : ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه ؛ أو يقول للمشترى : ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن .

وحكى عن أبى يوسف أنه قال : ضمنت عهدته أو ضمنت لك العهدة ، والعهدة فى الحقيقة . هى الصك المكتوب فيه الابتياع ، هكذا فسره به أهـــل اللغة ، فلا يصح ضمانه للمشترى ، لأنه ملكه وليس بصحيح ، لأن العهدة صارت فى العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن ، والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغويه ، كالراوية تحمل عند إطلاقها على المزادة ، لا على الجمل ، وان كان هو الموضوع ، فأما ان ضمن له خلاص المبيع ، فقال أبو بكر : هو باطل ، لأنه إذا خرج حراً أو مستحقا لا يستطيع تخليصه ولا يحل ، وقد قال أحمد فى رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال : كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً ؟ فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل فى الخلاص ، وهل يصح فى العهدة ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة .

إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن ، فنقول : ان استحقاق رجوع المشترى بالثمن لا يخلو إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له فأما الحادث فمثل تلف المبيع من المكيل والموزون فى يد البائع أو بغصب من يده

أو يتقايلان فإن المشترى يرجع على البائع دون الضامن ، لأن هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد : وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان مالم يجب جائز ، وهذا منه ، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا ، فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة ، فإن المشترى يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى .

وأما إن زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع الى الضامن ، وهذا ضمان العهدة ، فإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا : لأنه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه ، لأنه اذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد فى الجميع فى إحدى الروايتين ، فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق .

وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد فى الجميع ، ولكن استحق ردها ، فإن ردها كلها فالحكم كذلك ؛ وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالارش ، كما لو وجد بها عيبا ، ولو باعه عينا أو أقرضه شيئا بشرط أن يرهن عنده عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة ، لأنه لا يلزم الراهن إقباضه وتسليمه ، فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الأصيل ، وان ضمن للمشترى قيمة ما يحدث فى المبيع من بناء أو غراس صح ؛ سواء ضمنه البائع أو أجنبى ، فإذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشترى على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يصح ، لانه ضمان مجهول : وضمان مالم يجب ، وقد بينا جواز ذلك .

﴿ فصل ﴾

فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح ، يصح ضمان كل جائز التصرف فى ماله ، سواء كان رجلا أو امرأه ، لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع ، ولا يصح من المجنون والمبرسم ، ولا من صبي غير مميز بغير خلاف ، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم ، كالنذر والإقرار ، ولا يصح من السفيه المحجور عليه ، ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعى .

وقال القاضي : يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه ، لأن من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح ، فكذلك ضمانه ، والأول أولى : لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منه كالبيع والشراء ، ولا يشبه الإقرار ، لأنه إخبار بحق سابق .

وأما الصبي المميز : فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين ، وهو قول الشافعي ، وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته بإذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع ، لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه ، فلم يصح منه كالتبرع والنذر ، بخلاف البيع ، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه ، فقال الصبي قبل بلوغي ، وقال المضمون له بعد البلوغ ، فقال القاضي : قياس قول أحمد ان القول قول المضمون له ، لأن معه سلامة العقد ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في شرط فاسد .

ويحتمل أن القول قول الضامن ، لأن الأصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد ، لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف ، والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفا صحيحا ، فكان قول مدعى الصحة هو الظاهر ، وههنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعى الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه ، فلا ترجح دعواه . والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي ، وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له ، لان الاصل عدمه .

فأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه ، لأنه من أهل التصرف ، والحجر عليه في ماله ، لا في ذمته ، فأشبه الراهن ، فصح تصرفه فيما عدا الرهن ، فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته ، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده سواء كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالاقرار بالإتلاف .

ووجه الأول : أنه عقد تضمن إيجاب مال ، فلم يصح بغير إذن كالنكاح ، وقال أبو ثور : ان كان من جهة التجارة جاز ، وان كان من غير ذلك لم يجز ، فإن ضمن بإذن سيده صح ، لان سيده لو أذن له فى التصرف صح ، قال القاضى وقياس المذهب تعلق المال برقبته .

وقال ابن عقيل . ظاهر المذهب : وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد ، وقال أبو الخطاب : هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدانته بإذن سيده وقد سبق الكلام فيها ؛ فإن أذن له سيده فى الضمان ليكون القضاء من مال الذى فى يده صح ، ويكون مافى ذمته متعلقا بالمال الذى فى يد العبد ، كتعلق حق الجناية برقبة الجانى كما لو قال الحر : ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالى هذا صح ، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده كالعبد القن ، لأنه تبرع بالتزام مال ، فأشبه نذر الصدقة بغير مال ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه ، كقولنا فى العبد ، وان ضمن بإذنه ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصح أيضا ، لأنه ربما أدى الى تفويت الحرية .

والثانى : يصح ، لان الحق لهما لا يخرج عنهما ؛ فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح ؛ وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه ، لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ، ولم يأخذ عنه عوضا ، فأشبه الهبة . واذا فهمت إشارة الأخرس صح ضمانه ، لانه يصح بيعه وإقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان . لأنه قد يكتب عبثا أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ، ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لا يدرى بضمانه . ولأنه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه .

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن . وبهذا قال الشافعى قال أحمد : فى رجل ضمن ما على فلان أن يؤديه فى ثلاث سنين . فهو عليه ، ويؤديه كما ضمن .

ووجه ذلك : ما روى ابن عباس « أن رجلا لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ما عندى شىء أعطيكه ، فقال : والله لا أفارقنك حتى تقضينى أو تأتينى بحميل ، فجره إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : كم تستنظره ؟ قال . شهراً ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فأنا أحمل ؛ فجاء فى الوقت الذى قال النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : من أين أصبت هذا ؟ قال : من معدن قال : لا خير فيها ، وقضاها عنه » رواه ابن ماجه فى سننه ، ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجل ، فكان مؤجلا كالبيع .

فإن قيل : فعندكم الدين الحال لا يتأجل ، فكيف يتأجل على الضامن ؟ أم كيف يثبت فى ذمة الضامن على غير الوصف الذى يتصف به فى ذمة المضمون عنه .

قلنا : الحق يتأجل فى ابتداء ثبوته إذا كان بعقد ، وهذا ابتداء ثبوته فى حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالا ، ويجوز أن يخالف ما فى ذمة الضامن ما فى ذمه المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل .

إذا ثبت هذا : وكان الدين مؤجلا إلى شهر فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين ، فإن قضاه قبل الأجل فله الرجوع به فى الحال على الرواية التى تقول : إنه إذا قضى دينه بغير إذن رجع به ، لأن أكثر ما فيه ههنا أنه قضى بغير إذن وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الأجل ، لأنه لم يأذن له فى القضاء قبل ذلك ، وإن كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ، ولا يلزمه أداؤه قبل أجله ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه : فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه ، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله ، فبأن لا يلزم الضامن أولى ، ولأن الضمان التزام دين فى الذمة ، فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه ، فعلى هذا إن قضاه حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله ، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها : أن الدين الحال ثابت فى الذمة مستحق القضاء فى جميع الزمان ، فإذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب

على المضمون عنه : فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة ، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه إلا عند أجله ، فاذا ضمنه حالا التزم ما لم يجب على المضمون فأشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين ، وقيل : يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياسا لإحداهما على الأخرى ، وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى .

(فصــل)

وإذا ضمن دينا مؤجلا عن إنسان فمات أحدهما ، إما الضامن وإما المضمون عنه ، فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما .

فإن قلنا : يحل على الميت لم يحل على الآخر ، لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل فإن قضاه قبل الأجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير اذن من هو عليه ؛ وإن كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق ، لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله ، وهذا مذهب الشافعي ، وحكى عن زفر أن لهم مطالبته لأنه أدخله فى ذلك مع علمه أنه يحل بموته .

ولنا أنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يمت ، وقوله . أدخله فيه ، قلنا ، انما أدخله فى المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الأجل .

« مسألة » قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعنى أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان ، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض ، بل يثبت الحق فى ذمة الضامن مع بقائه فى ذمة المضمون عنه ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما فى الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثورى والشافعى واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء ، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل ، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود ، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدرى قال « كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فى جنازة فلما وضعت قال ، هل على صاحبكم من دين ؟

قالوا : نعم درهمان . فقال : صلوا على صاحبكم ، فقال على : هما على يارسول الله ، وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ، ثم أقبل على على فقال : جزاك الله خيراً عن الإسلام ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك . فقيل : يا رسول الله هذا لعلى خاصة أم للناس عامة ؟ فقال : للناس عامة » رواه الدارقطنى ، فدل على أن المضمون عنه برىء بالضمان .

وروى الإمام أحمد فى المسند عن جابر قال « توفى صاحب لنا فأتينا النبى صلى الله عليه وسلم ليصلى عليه فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا : ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة ، فقال . الديناران على : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . وجب حق الغريم : وبرىء الميت منهما ؟ قال نعم . فصلى عليه ثم قال بعد ذلك . ما فعل الديناران ؟ قال . إنما مات أمس ، قال . فعاد اليه من الغد ، فقال . قد قضيتهما . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . الآن بردت جلدته » وهذا صريح فى براءة المضمون عنه لقوله « وبرىء الميت منهما » ولأنه دين واحد ، فإذا صار فى ذمة ثانية برئت الأولى منه كالمحال به ، وذلك لأن الدين الواحد لا يحل فى محلين .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله فى خبر أبى قتادة « الآن بردت جلدته » حين أخبره أنه قضى دينه ، ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، وأما صلاة النبى صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلأنه بالضمان صار له وفاء ، وإنما كان النبى صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعلى « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » فإنه كان بحال لا يصلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما ضمنه فكه من ذلك أو مما فى معناه ، وقوله « برىء الميت منهما » صرت أنت المطالب بهما ، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق فى ذمته ووجوب الأداء عليه ، بدليل قوله فى سياق الحديث حين أخبره بالقضاء « الآن بردت عليه جلدته » ويفارق الضمان الحوالة ، فإن الضمان مشتق من الضم فيقتضى الضم بين الذمتين فى تعلق الحق بهما وثبوته فيهما ، والحوالة من التحول . فتقتضى تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه . وقولهم ، ان الدين الواحد لا يحل فى محلين . قلنا . يجوز

تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق ، كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن ، وقال أبو بكر عبد العزيز . أما الحى فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة ، وأما الميت . فنى براءته بمجرد الضمان روايتان .

احداهما . يبرأ بمجرد الضمان ، نص عليه أحمد فى رواية يوسف بن موسى ، لما ذكرنا من الخبرين ، ولان فائدة الضمان فى حقه تبرئة ذمته . فينبغى أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحى ، فإن المقصود من الضمان فى حقه الاستيثاق وثبوته فى الذمتين آكد فى الاستيثاق بالحق .

والثانية . لا يبرأ الا بالاداء لما ذكرناه ، ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحى .

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وحكى عن مالك فى احدى الروايتين عنه . أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ؛ لانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا عند تعذر استيفائه من الاصل كالرهن .

ولنا أن الحق ثابت فى ذمة الضامن فملك مطالبته كالاصيل : ولان الحق ثابت فى ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ، ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق ، وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره .

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن ، لا نعلم فيه خلافا . لانه تبع ولانه وثيقه ، فإذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن : وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه ، لانه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع ، ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذا انفسخ من غير استيفائه . وأيهما قضى الحق برئا جميعا من المضمون له ، لانه حق واحد . فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى الحق الذى به رهن ، وان أحال الغريم برئا جميعاً ، لانه حق واحد ، فاذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى دين الرهن ، وان أحال أحدهما الغريم برئا جميعا ، لان الحوالة كالقضاء .

(فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح . لانه دين لازم فى ذمته ،

فصح ضمانه . كسائر الديون ويثبت الحق فى ذمم ثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها . لانه حق واحد ، فاذا قضى مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى . وان أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لانهما فرع . وان أبرأ الضامن الاول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم . وان أبرأ الضامن الثانى برىء وحده . ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال . لان الرجوع مع الغرم . وليس فى الإبراء غرم . والكفالة كالضمان فى هذا المعنى جميعه ، وتزيد بأنه اذا مات المكفول عنه برىء كفيلاه . وان مات الكفيل الاول برىء الثانى دون المكفول عنه . لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثانى برىء وحده .

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح . لان الضمان يقتضى الزامه الحق فى ذمته . والحق لازم له . فلا يتصور الزامه ثانيا . ولانه أصل فى هذا الدين . فلا يجوز أن يصير فرعا فيه . وان ضمن عنه دينا آخر أو كفل به فى حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه .

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر . سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه . فان ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم . وان أبرأ المضمون عنه برىء الجميع . لانهم فروع له . وان أبرىء أحد الضمان برىء وحده . ولم يبرأ غيره . لانهم غير فروع له . فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه . وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز . لان الحق ثبت فى ذمته بضمانه الاصلى . فلا يجوز أن يثبت ثانيا . ولانه أصل فيه بالضمان . فلا يجوز أن يصير فيه فرعا ، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه . لان الكفالة ببدنه لا بما فى ذمته : وأى الكفيلين أحضر المكفول به برىء وبرىء صاحبه من الكفاله لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لأنه أصل فى ذلك وان كفل المكفول الكفيل لم يجز لانه أصل له فى الكفاله لم يجز أن يصير فرعا له فيما كفل به وان كفل به فى غير هذا الحق جاز لانه ليس بفرع له فى ذلك .

« مسألة » قال (فمتى أدى رجع عليه سواء قال له اضمن عنى أو لم يقل)

يعنى : إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه : فأما إن قضى الدين متبرعا به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشىء . لأنه يتطوع بذلك . أشبه الصدقة ، وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما إذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدى بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال له اضمن عنى أو أدِّ عنى أو اطلق . وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد : إن قال اضمن عنى وانقد عنى رجع عليه ، وإن قال انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطا له يستقرض منه ويودع عنده . لأن قوله اضمن عنى وانقد عنى إقرار منه بالحق . وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال : هب لهذا أو تطوع عليه ، وإذا كان مخالطا له رجع استحسانا ، لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره ، فأشبه إذا كان مخالطا له ، أو قال : اضمن عنى وما ذكراه ليس بصحيح ، لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه ، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له ، فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

الحال الثانى : ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضا ، وبه قال مالك والشافعى فى أحد الوجوه عنه ، والوجه الثانى : لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره . أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع وإلا فلا ، لأنه تبرع بالدفع

ولنا أنه إذا أذن فى الضمان تضمن ذلك إذنه فى الأداء ، لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن فى الاداء صريحا

الحال الثالث : ضمن بغيره أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا . وظاهر مذهب الشافعى أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا ، أو كما لو ضمن بأمره

وقولهم : ان أذنه فى القضـــاء انصرف الى ما وجب بضمانه . قلنا الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئا آخر ، فمتى أداه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله

الحال الرابع : ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره . ففيه روايتان

إحداهما يرجع بما أدى ، وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحاق

والثانية لا يرجع بشيء ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، بدليل حديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ، ولم يصلّ عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه تبرع بذلك ؛ أشبه ما لو علفـــ دوابه . وأطعم عبيده بغير أمره .

ووجه الاولى أنه قضـــاء مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه صلى الله عليه وسلم من علمهما بأنه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء . وإنما الخلاف فى المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين ، لانه ان كان الاقل الدين ، فالزائد لم يكن واجبا. فهو متبرع بأدائه ، وان كان المقضي أقل ، فانما يرجع بما غرم . ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء . وان دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أوقدر الدين لذلك . فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله . لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ، فان أحاله كانت الحواله بمنزلة تقبيضه ويرجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أوأبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل لان نفس الحوالة كالاقباض

(فصـــل)

ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفهـــا ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع ، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء فى احدى الروايتين

لأنه لم يضمن عنه ولا أذن له فى القضاء ، فإذا رجع على الذى ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ، إن كان ضمن عنه بإذنه لأنه ضمنها عنه بإذنه وقضاها ضـامنه .
والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة ، لأنها وجبت له على من أداها عنه ، فملك الرجوع بها عليه كالأصل .

(فصـل) إذا ضمن عن رجل بإذنه فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لأنه لزمه الأداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته ، وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه ، لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه

وفيه وجه آخر أن له المطالبة لأنه شغل ذمته بإذنه ، فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن والاول أولى ، ويفارق الضمان العارية لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه . والضـامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه ، فأما إن ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال ، لأنه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الأجنبى

وقيل إن هذا ينبنى على الروايتين فى رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه . فإن قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال ، وإن قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله .

(فصـل) فان ضمن الضـامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برئوا جميعاً فان قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد ، وان قضاه الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه ، وان قضاه الثانى رجع على الاول ، ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه ، فإن لم يكن أذن له فى الرجوع روايتان ، وان أذن الاول للثانى ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من أذن له ، ولم يرجع الآخر على إحدى الروايتين ، فان أذن المضمون عنه للضامن الثانى فى الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه انما يرجع على من أذن له دون غيره

فصــــل

إذا كان له ألف على رجلين ، على كل واحد منهما نصفه ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برىء منه ، وبرىء صاحبه من ضمانه ، وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بنية عن الأصل والضمان انصرف اليه ، وان أطلق احتمل أن له صرفها الى ماشاء منهما ، كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منهما ، واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لأن اطلاق القضاء والابراء ينصرف الى جملة مافى ذمته ، فيكون بينهما ، والمعتبر فى القضاء . لفظ القاضى ونيته ، وفى الابراء : لفظ المبرىء ونيته ، ومتى اختلفوا فى ذلك ، فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته .

(فصل) ولو ادعى ألفاً على حاضر وغائب ، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الألف منه . فإذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه ، وان أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فإن قامت عليه بينة فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشيء ، لأنه بإنكاره معترف أنه لا حق له عليه وانما المدعى ظلمه ، وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله أن يستوفى منه ، لانه يدعى عليه حقاً يعترف له به ، فكان له أخذه منه ، وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبرىء ، فإذا قدم الغائب فأنكر أيضاً وحلف برىء ، وان اعترف لزمه دفع الألف ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يلزمه الا خمس المائة الأصلية دون المضمونة ، لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه .

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها ، واليمين انما أسقطت المطالبة عنه فى الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذى فى ذمته ، ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن .

(فصل) واذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ، ولا بينة له فالقول قول المضمون له ، لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه ، فكان القول

قول المنكر ، وله مطالبة من شاء منهما ، فإن رجع على المضمون عنه ، فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه ؟ نظرنا ، فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه ، وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة فى غيبة المضمون عنه لم يرجع بشىء ، سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه ، لانه أذن له فى قضاء مبرىء ولم يوجد ، وان قضاه ببينه ثبت بها الحق ، لكن ان كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه ، لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط ، وان قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر ، كالكفر والفسق الظاهر ، لم يرجع الضامن لتفريطه ، لأن هذه البينه كعدمها ، وان ردت بأمر خفى : كالفسق الباطن ، أو كانت الشهادة مختلفا فيها ، مثل أن أشهد عبدين ، أو شاهداً واحداً فردت لذلك ؛ أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع ، لانهقضى ببينةشرعية ، والجرح والتعديل ليس اليه ، واحتمل أن لا يرجع ، لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان .

أحدهما : يرجع . وهو مذهب الشافعى ، لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه ، فإذا ترك التحفظ ، وهو حاضر ، فهو المفرط دون الضامن .

والثانى . لا يرجع . لأنه قضى قضاء لا يبرىء ، فأشبه ما لو قضى فى غيبته فأما ان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً ، لانه أبرأ به ذمته ظاهراً ، قالالقاضى : ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أولا دون الثانى ، لأن البراءة حصلت به فى الباطن ، ولأصحاب الشافعى كهذين الوجهين ، ووجه ثالث : أنه لا يرجع بشىء بحال ، لأن الأول ما أبرأه ظاهراً ، والثانى ما أبرأه باطنا .

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطنا فرجع به كما لو قامت به البينة ، والوجه الأول أرجح ، لأن القضاء المبرىء فى الباطن ما أوجب الرجوع ، فيجب أن يجب بالباقى المبرىء فى الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يلتفت الى انكاره ، لان مافى ذمته حق المضمون له ، فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذى له صار للضامن ، فيجب أن يقبل اقراره ، لكونه اقرار فى حق نفسه .

ويحتمل أن لا يقبل ، لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه ، فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الأول : وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة ، كشهادة المرضعة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار : لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لهما ، ولأنه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، ولا نعلم عن أحد خلافهم ، فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي . عندي أن الكفالة تبطل ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت ، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به ، وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به ، والخيار ينافي ذلك .

ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة ، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط ، لأنه وصل بإقراره ما يبطله ، فأشبه استثناء الكل .

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا : ضمنا لك الألف الذي على زيد ، فكل واحد منهما ضامن لنصفه ، وان كانوا ثلاثة ، فكل واحد منهم ضامن ثلثه ، فإن قال واحد منهم : أنا وهذان ضامنون لك الألف ، فسكت الآخران ، فعليه ثلث الالف ، ولا شيء عليهما ، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف ، فهذا ضمان اشتراك وانفراد ، وله مطالبة كل واحد منهم بالالف كله ان شاء ، وان أدى أحدهم الالف كله أو حصته لم يرجع إلا على المضمون عنه ، لان كل واحد منهم ضامن أصلي ، وليس بضامن عن الضامن الآخر

« مسألة » قال ﴿ ومن كفل بنفس لزمه ما عليها ان لم يسلمها ﴾

وجملة ذلك : أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم ، هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : هي صحيحة قولا واحداً

وإنما أراد أنها ضعيفة فى القياس ، وان كانت ثابتة بالإجماع والأثر ، ومنهم من قال فيها قولان ، أحدهما : أنها غير صحيحه ، لأنها كفالة بعين ، فلم تصح ، كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين .

ولنا قول الله تعالى (١٢ : ٦٦ قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنى به الا أن يحاط بكم) ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال .

إذا ثبت هذا : فانه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه . وقال أكثرهم : لا يغرم .

ولنا عموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأنها أحد نوعى الكفالة ، فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال .

فصل

واذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو بنفسه ، أو ببدنه ، أو بوجهه ، كان كفيلا به وان كفل برأسه أو كبده ، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه ، أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه ، صحت الكفالة ، لأنه لا يمكنه إحضار ذلك الا باحضاره كله ، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان .

أحدهما : تصح الكفالة ، وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لانه لا يمكنه إحضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فاشبه الكفالة بوجهه ورأسه ، ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق .

والثانى : لا يصح ، لأنه يمكن احضاره بدون الجمله مع بقائها ، وقال القاضى لا تصح الكفالة ببعض البدن ، ولا تصح الا فى جميعه ، لان ما لا يسرى لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة .

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره فى مجلس الحكم بدين لازم ، سواء كان الدين معلوماً أو مجهولا ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا تصح بمن عليه دين مجهول ، لأنه قد يتعذر احضار المكفول به ، فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله .

ولنا أن الكفالة بالبدن لا بالدين ، والبدن معلوم ، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ، ولأنا قد تبينا أن ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء ، فالكفالة التى لا تتعلق بالمال ابتداء أولى ، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون ، لانهما قد يجب احضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف ، واذن وليهما يقوم مقام اذنهما وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب ، وقال أبو حنيفة : لا تصح .

ولنا أن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة ، والحبس كالرهن والضمان ، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعاً ، والغائب يمضى اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة ، وهو أن يعلم خبره ، فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه ؛ قاله القاضى ، وقال فى موضع آخر : لا يلزمه ما عليه حتى تمضى مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل .

فصل

ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد ، سواء كان حقا لله تعالى ، كحد الزنا والسرقه ، أو لآدمى كحد القذف والقصاص ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم شريح والحسن ، وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وبه قال الشافعى فى حدود الله تعالى ، واختلف قوله فى حدود الآدمى ، فقال فى موضع لا كفالة فى حدود الآدمى ولا لعان ، وقال فى موضع : تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد ؛ لانه حق لآدمى ، فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين .

ولنا ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا كفالة فى حد » ولانه حد ، فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق ، والحدود مبناها على الاسقاط والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيثاق ، ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به ، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا .

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة ، لان الحضور لا يلزمه ، فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة ، كما يصح الضمان حالا ومؤجلا ،

وإذا أطلق كانت حالة ، لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالثمن والضمان ، فإذا تكفل حالا كان له مطالبته بإحضاره ، فان أحضره وهناك يد حائلة ظالمـــة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه ، لأنه لا يحصل له غرضه ، وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله ، فان قبله برىء من الكفالة . وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت إليك منه ، أو قد سلمته اليك ، أو قد أخرجت نفسى من كفالته ، والصحيح الأول لانه عقد على عمل فبرىء منه بالعمل المعقود عليه كالإجارة ، فان امتنع من تسلمه برىء لانه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر فى قبضه فبرىء منه كالمسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا : إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرىء لانه فعل ماوقع العقد على فعله فبرىء منه . وقال القاضى : يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكما أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح ، فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره

وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه برىء ، وان كان غائبا أو مرتدا لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضى زمن يمكن المضى اليه واعادته ، وقال ابن شبرمة يحبس فى الحال لان الحق قد توجه عليه

ولنا أن الحق يعتبر فى وجوب أدائه إمكان التسليم ، وان كان حالا كالدين . فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره ؛ أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أخذ بما عليه . وقال أصحاب الشافعى : إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل بإحضاره ولم يلزمه شىء ، وان امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس . وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى . وإن أحضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر فى تسليمه لزمه ، وان كان فيه ضرر ؛ مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه ، أو قد وعده بالإنظار فى تلك المدة لم يلزمه قبوله ، كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) وإذا عين فى الكفالة تسليمه فى مكان فأحضره فى غيره لم يبرأ من

الـكفالة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال القاضى : إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برىء من الـكفالة . وقال بعض أصحابنا: متى أحضره فى أى مكان كان وفى ذلك الموضع سلطان برىء من الـكفالة لـكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن إثبات الحجة فيه . وقيل إن كان عليه ضرر فى إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الـكفيل بإحضاره فيه وإلا برىء ، كقولنا فيما إذا أحضره قبل الأجل ، ولأصحاب الشافعى اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه فى مكان فى غيره فلم يبرأ ،كما لو أحضر المسلم فيه فى غير هذا الموضع الذى شرطه ، ولأنه قد سلم فى موضع لا يقدر على إثبات الحجة فيه لغيبة شهوده أو غير ذلك ، وقد يهرب منه ولا يقدر على إمساكه ، ويفارق ما إذا أحضره قبل الأجل فإنه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً ، فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله، وإن وقعت الـكفالة مطلقة وجب تسليمه فى مكان العقد كالسلم فان سلمه فى غيره فهو كتسليمه فى غير المكان الذى عينه . وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوساً . لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه . وإن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه ، لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه . وإذا طالب الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يرده إلى الحبس . وإن توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الأول أو حق المكفول له

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الـكفالة . وبهذا قال الشافعى لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه ، وهكذا الضمان ، وان جعله الى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجهين كالاجل فى البيع ، والاولى صحتها هنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الـكفالة ، وقد روى منها عن أحمد فى رجل كفل رجلا آخر فقال : ان جئت به فى وقت كذا والا فما عليه علىّ ، فقال لا أدرى ، ولـكن إن قال ساعة كذا لزمه ، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شىء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما إن قال :

وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح ، وإن قال : إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا فى السلم .

(فصل) وإذا تكفل برجل إلى أجل إن جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعى لا تصح الكفالة ولا يلزمه ماعليه لأن هذا تعليق الضمان بخطر ، فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه ؛ كما لو قال : ان جئت به فى وقت كذا والا فلك حبسى ، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف فى أن هذا مقتضى الكفالة ، وقد دللنا عليه ، وأما ان قال ان جئت به فى وقت كذا والا فأنا كفيل ببدن فلان ؛ أو فأنا ضامن لك مالك على فلان ، أو قال : اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه ، أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان ؛ أو قال : أنا كفيل بفلان شهراً ؛ فقال القاضى . لا تصح الكفالة ، وهو مذهب الشافعى ومحمد ابن الحسن ، لأن ذلك خطر ، فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به ، كمجىء المطر وهبوب الريح ، ولأنه اثبات حق لآدمى معين ، فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب : تصح ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأنه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك ، والأول أقيس ، فإن قال . كفلت بفلان ان جئت به فى وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان ، أو ضامن المال الذى على فلان ، لم يصح فيهما عند القاضى . لان الاول مؤقت والثانى معلق على شرط ، وقال أبو الخطاب . يصح فيهما ؛ فأما ان قال . كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح فى قولهم جميعاً لانه غير معلوم فى الحال ولا فى المآل .

(فصــــل)

فإن قال . كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل ، أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسداً وتفسد الكفالة به ، ويحتمل أن تصح الكفالة ، لانه شرط تحويل الوثيقة التى على الكفيل اليه ، فعلى هذا . لا تلزمه الكفالة الا أن يبرىء المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وان قال . كفلت لك

بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان ، أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر ، أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى : أنه لا يصح ، لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن دينا عليه أو يبيعه شيئا عينه ؛ أو يؤجره داره لم يكن يصح لما ذكرنا .

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح ، وأيهم قضى الدين برىء الآخران . لما ذكرنا في الضمان ، وان سلم المكفول به نفسه برىء كفيلاه ، لانه أتى بما يلزم الكفيلين ؛ وهو إحضار نفسه فبرئت ذمتهما كما لو قضى الدين ، وإن أحضر أحد الكفلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فإذا برىء الاصل مما تكفل به عنه برىء فرعاه ، وكل واحد من الكفلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرىء المكفول به برىء كفيلاه ، ولو أبرىء أحد الكفيلين برىء وحده دون صاحبه .

(فصل) ولو تكفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر ، لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، فقد التزم احضاره عند كل واحد منهما ، فاذا أحضره عند واحد برىء منه وبقي حق الاخر ، كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن دينا لرجلين فوفى أحدهما حقه .

(فصل) وتفتقر صحة الكفالة إلى رضى الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضى المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ، ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاء المكفول به ففيه وجهان .

أحدهما : لا يعتبر كالضمان .

والثاني . يعتبر ، وهو مذهب الشافعي ، لان مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ، ولانه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين ، وفارق الضمان فإن الضامن يقضي الحق

ولا يحتاج الى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين : متى كانت الكفالة بإذنه فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه ، لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه ، فكان عليه تخليصها ، كما لو استعار عبده فرهنه بإذنه كان عليه تخليصه إذا طلبه سيده ، وان كانت الكفالة بغير إذنه نظرنا : فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه ، لأن حضوره حق للمكفول له ، وقد استناب الكفيل فى طلبه ، وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه ، لأنه لم يشغل ذمته ، وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه ، فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال المكفول له : أحضر كفيلك كان توكيلا فى إحضاره ، ولزمه أن يحضر معه ، كما لو وكل أجنبيا وان قال أخرج من كفالتك ، احتمل أن يكون توكيلا فى إحضاره كاللفظ الأول ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذى عليه فلا يكون توكيلا : فلا يلزمه الحضور معه .

(فصل) واذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان ، أو اكفل بفلان ، ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمر ، لأنه كفل باختيار نفسه ، وانما الأمر إرشاد وحث على فعل خير ، فلم يلزمه به شىء .

« مسألة » قال ﴿ فان مات برىء المتكفل ﴾

وجملته : أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شىء ؛ وبهذا قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعى ، وقال الحكم ومالك والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه ، وحكى ذلك عن ابن شريح ؛ لأن الكفيل وثيقة بحق ، فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب .

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرىء الكفيل كما لو برىء من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرىء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرىء منه وفارق ما إذا غاب ، فان الحضور لم يسقط عنه ، ويفارق الرهن ، فانه علق به المال فاستوفى منه .

(فصل) إذا قال الكفيل : قد برىء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة

أو قال : لم يكن عليه دين حين كفلته ، فأنكر المكفول له ، فالقول قوله ، لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين ؛ فإن نكل قضى عليه ، ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه ، لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه ، فان من كفل بشخص معترف بدينه فى الظاهر ، والأول أولى ، لان ما ادعاه محتمل .

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل . أبرأتك من الكفالة برىء ، لأنه حقه ، فيسقط باسقاطه كالدين ، وان قال : قد برئت الى منه ؛ أو قد رددته الى برىء أيضا ، لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك فى الضمان ، وكذلك إذا قال : برئت من الدين الذى كفلت به ، ويبرأ الكفيل فى هذه المواضع دون المكفول به ، ولا يكون اقراراً بقبض الحق ، وهذا قول محمد بن الحسن ، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيما اذا قال : برئت من الدين الذى كفلت به ، والاول أصح ؛ لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بابراء المستحق أو موت المكفول به فأما ان قال للمكفول به : أبرأتك عما لى قبلك من الحق ، أو برئت من الدين الذى قبلك ، فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة ، لانه لفظ يقتضى العموم فى كل ما قبله ؛ وان قال : برئت من الدين الذى كفل به فلان برىء وبرىء كفيله .

(فصل) واذا كان لذمى على ذمى خمر فكفل به ذمى آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه برىء الكفيل والمكفول عنه ، وقال أبو حنيفة . إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر ، لأنه كان واجباً ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقى بحاله .

ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر ، كما لو كان مسلماً قبل الكفالة ، واذا برىء المكفول به برىء كفيله ، كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ، ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا ، وكذلك اذا أسلم المكفول به ، وان أسلم الكفيل وحده برىء من الكفالة لأنه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم .

(فصل) فاذا قال . أعط فلانا ألفا ففعل ، لم يرجع على الآمر ، ولم يكن له ذلك كفالة ، ولا ضمانا الا أن يقول . أعطه عنى ، وقال أبو حنيفة : يرجع عليه اذا كان خليطا له ، لان العادة أنه يستقرض من خليطه .

ولنا أنه لم يقل أعطه عني ، فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ، ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال . أعطه فلانا حيث يلزمه ، لانه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه .

(فصـــل) اذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع ، فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف ، لم يرجع به على أحد ، سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا ، لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان ، فان قال له بعضهم . ألق متاعك فألقاه فكذلك ، لأنه لا يكرهه على القائه ولا ضمن له ، وان قال : ألقه وعلى ضمانه فألقاه ، فعلى القائل ضمانه ، ذكره أبو بكر ، لان ضمان مالم يجب صحيح ، وان قال : ألقه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل . فقال أبو بكر : يضمنه القائل وحده . الا أن يتطوع بقيتهم .

قال القاضي : ان كان ضان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته . لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره ، فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقين ، وان كان ضمان اشتراك وانفراد ، بأن يقول : كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته ، لزم القائل ضمان الجميع ، وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا ، أو قالوا لا نفعل . أو لم يسمعوا . لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق .

(فصل) قال مهنا . سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن . فأيهما شاء أخذه بحقه . فأحال رب المال عليه رجلا بحقه ؟ فقال : يبرأ الكفيلان . قلت : فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئا ؟ قال : لا شيء له . ويذهب الالف .

﴿ انتهى الجزء الرابع من كتاب المغني لابن قدامة ويليه الجزء الخامس ﴾

فهرس الجزء الرابع من كتاب المغنى

﴿ باب السلم ﴾

(باب القرض)

(كتاب الرهن)

(كتاب المفلس)

(كتاب الحجر)

(كتاب الصلح)

(كتاب الحوالة والضمان)

(باب الضمان)

(تم فهرس الجزء الرابع من المغنى)

